

KAYENE MARTINS GOMES DA SILVA

**MANDADO DE INJUNÇÃO: a evolução jurisprudencial do Supremo
Tribunal Federal**

**Brasília
2011**

KAYENE MARTINS GOMES DA SILVA

**MANDADO DE INJUNÇÃO: a evolução jurisprudencial do Supremo
Tribunal Federal**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito do
Cento Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientador: Prof. Dr. Álvaro Luís de Araújo
Ciarlini.

**Brasília
2011**

KAYENE MARTINS GOMES DA SILVA

**MANDADO DE INJUNÇÃO: a evolução jurisprudencial do Supremo
Tribunal Federal**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito do
Cento Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientador: Prof. Dr. Álvaro Luís de Araújo
Ciarlini.

Brasília, 13 de maio de 2011.

Banca Examinadora

Prof. Dr. Álvaro Luís de Araújo Ciarlini
Orientador

Prof. Rafael Thomaz Favetti
Examinador

Prof^ª. Carolina Cardoso G. Lisboa
Examinadora

RESUMO

Monografia sobre a evolução jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal no julgamento do mandado de injunção. Para tanto, são utilizados os modelos de pesquisa dogmático-instrumental e de estudo de caso. A partir do método dogmático-instrumental, analisam-se os aspectos controvertidos do mandado de injunção (na tentativa de delineamento de seus contornos), bem como o papel do Poder Judiciário na aplicação do *writ* como instrumento de efetivação dos direitos fundamentais, a partir de um contexto de judicialização e de um papel judicial ativista, traçando-se os contornos da legitimação democrática do Poder Judiciário na interpretação conferida ao instituto. A partir do modelo de estudo de caso, percorre-se a jurisprudência da Suprema Corte, na tentativa de apontar os erros e acertos na conformação do *writ* no contexto histórico atual. Isso tendo em vista a alteração jurisprudencial operada em 2007, pela qual o Tribunal, ao adotar a teoria concretista, despertou nos doutrinadores neoconstitucionalistas esperanças quanto a um melhor aproveitamento do instituto, na busca da efetividade do texto constitucional, e provocou nos conservadores um receio de invasão de competência do Poder Legislativo. Posicionamentos à parte, a divergência sobre a natureza jurídica do instituto e a excessiva abrangência de seu objeto foram as principais causas de sua inocuidade, enquanto a atribuição de efeitos *erga omnes* à decisão injuncional talvez seja o grande trunfo dos conservadores em seu argumento de excesso à legitimação democrática e ofensa à separação de poderes.

Palavras-chave: Direito constitucional. Mandado de injunção. Doutrina neoconstitucionalista. Poder Judiciário. Supremo Tribunal Federal. Alteração jurisprudencial. Efetividade. Separação de poderes. Natureza jurídica. Legitimação democrática.

LISTA DE ABREVIATURAS

ADO	Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão
ADCT	Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
CF/88	Constituição Federal de 1988
CPC	Código de Processo Civil
MI	Mandado de Injunção
STF	Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1 O MANDADO DE INJUNÇÃO E SUAS GENERALIDADES	10
1.1 Origem	10
1.2 Conceito e objeto	17
1.3 Legitimação	24
<i>1.3.1 Legitimidade ativa</i>	<i>25</i>
<i>1.3.2 Legitimidade passiva</i>	<i>25</i>
1.4 Competência e objeto	27
2 ASPECTOS CONTROVERTIDOS DO MANDADO DE INJUNÇÃO	34
2.1 Correntes doutrinárias acerca da finalidade do instituto	34
2.2 O mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão	36
2.3 Efeitos do mandado de injunção e o princípio da separação dos poderes	41
<i>2.3.1 Histórico sobre o princípio da separação de poderes</i>	<i>41</i>
<i>2.3.2 O papel do Poder Judiciário nos dias atuais</i>	<i>46</i>
<i>2.3.3 O Poder Judiciário, o princípio da separação de poderes e o mandado de injunção</i>	<i>56</i>
3 POSIÇÕES JURISPRUDENCIAIS E ESTUDO DE CASOS	59
3.1 Mandado de injunção n° 107	59
<i>3.1.1 Voto do Relator</i>	<i>59</i>
<i>3.1.2 Críticas ao voto do Relator</i>	<i>63</i>
3.1.2.1 Competência	64
3.1.2.2 Finalidade	65
<i>3.1.3 Conclusões</i>	<i>70</i>
3.2 Mandados de injunção n° 232 e 283	71
<i>3.2.1 Mandado de injunção n° 232</i>	<i>72</i>
3.2.1.1 Voto do relator	72
3.2.1.2 Voto de divergência	72
3.2.1.3 Conclusões	73
<i>3.2.2 Mandado de injunção n° 283</i>	<i>74</i>
<i>3.2.3 Conclusões dos Mandados de Injunção n° 232 e 283</i>	<i>75</i>
3.3 Mandado de Injunção n° 712	77
<i>3.3.1 Voto do Relator</i>	<i>77</i>
<i>3.3.2 Críticas ao voto do Relator</i>	<i>81</i>
<i>3.3.3 Conclusões</i>	<i>85</i>
3.4 Perspectivas para o futuro	85
CONCLUSÃO	92
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	95

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem como escopo a análise da evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no julgamento do mandado de injunção. Para tanto, no desenvolver do presente trabalho será utilizado tanto o método de pesquisa dogmático-instrumental – doutrinário e jurisprudencial – quanto o modelo de estudo de caso.

O método de pesquisa dogmático-instrumental doutrinário será utilizado, inicialmente, na tentativa de delineamento dos elementos estruturantes do mandado de injunção, com o fito de definir e delimitar o instituto.

Neste diapasão, percorrer-se-á, no primeiro capítulo, o histórico de surgimento do *writ*, traçando-se um rápido paralelo com a *injuction* dos países a que o mandado de injunção brasileiro é mais comparado, bem como situando-o em um contexto político-jurídico de transição do Estado liberal para o Estado social, e deste para o Estado democrático de direito, associando este tipo de governo, no âmbito brasileiro, ao surgimento do neoconstitucionalismo.

Após, delimitar-se-á o âmbito de proteção do instituto às normas constitucionais de eficácia limitada e de núcleo fundamental, na tentativa de restringir o âmbito de atuação do *writ* e, neste sentido, legitimar a atuação do Poder Judiciário na interpretação conferida ao mandado de injunção; expandir-se-á o pólo passivo de legitimidade do instituto; relembrar-se-á a abrangente competência dos tribunais para julgamento do instituto; e, por último, buscar-se-á traçar se um procedimento ideal, adaptando-se a regulamentação do mandado de segurança às peculiaridades do mandado de injunção.

No segundo capítulo, a partir do método dogmático-instrumental doutrinário e jurisprudencial, abordar-se-ão os aspectos mais controvertidos do mandado de injunção: as principais correntes doutrinárias acerca da finalidade do instituto¹; as similaridades e diferenças do *writ* em relação à ação direta de inconstitucionalidade por omissão – tendo em vista a equiparação dos institutos operada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no início da década de 90; e a relação dos efeitos concedidos ao mandado de injunção com o princípio da separação de poderes, dentro de um contexto de judicialização e de uma tendência ativista do Poder Judiciário.

¹ Ressalte-se que no presente trabalho as expressões ‘natureza jurídica’, ‘finalidade’ e ‘efeitos’ serão utilizadas como sinônimos.

No terceiro capítulo, partir-se-á para um estudo de casos, analisando-se os delineamentos conferidos pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal aos elementos do mandado de injunção relativos ao seu objeto, finalidade e abrangência dos seus efeitos. Percorrer-se-á, para isso, 3 (três) diferentes momentos da Corte na fixação da natureza jurídica do instituto – consideração do mandado de injunção como instrumento de natureza declaratória, mandamental e constitutiva.

Ressalte-se que, para uma melhor apreensão das peculiaridades de cada decisão, o estudo de casos foi realizado de maneira assimétrica, focando-se nos aspectos de maior repercussão dos votos e críticas.

A partir da alteração jurisprudencial operada em 2007 pelo Supremo Tribunal Federal (objeto de análise do estudo de caso), finalizar-se-á o trabalho monográfico com uma prospecção sobre o aproveitamento jurisprudencial do instituto e com uma crítica à atuação dos órgãos jurisdicionais.

A abordagem do presente tema se justifica pela releitura do mandado de injunção, a partir de uma hermenêutica constitucional de extração do espírito do texto da Carta Magna, permitida por uma alteração na composição da Suprema Corte, rompendo com uma jurisprudência conservadora na efetivação dos direitos fundamentais.

O remédio injuncional, idealizado como instrumento de defesa de direitos constitucionais, nasceu junto com a Constituição Federal de 1988 num momento de reconstitucionalização do país e de estabelecimento de um governo democrático de direito.

À época da criação do instituto pelo ordenamento jurídico brasileiro, vários doutrinadores (neoconstitucionalistas)² criaram expectativas de que a ação constitucional seria utilizada pelo próprio Poder Judiciário para supressão de omissões legislativas, por meio de formação supletiva, na busca da concretização de direitos constitucionais. Neste sentido, o mandado de injunção seria instrumento criado em atenção aos reclamos de efetividade do texto constitucional – não ocorrida sob a égide do Estado social.

No entanto, em um momento histórico pós-Constituinte, optou o Supremo Tribunal Federal por uma atuação tímida, atribuindo ao *writ* naturezas declaratória e

² O conceito de neoconstitucionalismo (ou moderno constitucionalismo) é encontrado no primeiro capítulo, no tópico referente à origem do mandado de injunção.

(ficticiamente) mandamental, consistentes no reconhecimento da mora e cientificação do órgão inerte de sua omissão, para adoção de providências.

Longe de significar a efetivação dos direitos constitucionais, a atribuição de natureza declaratória ao mandado de injunção acarretou, segundo a doutrina neoconstitucionalista, a inefetividade do instituto. Conforme críticas doutrinárias, a ação injuncional teve seu papel subjugado por uma jurisprudência temerosa na atribuição de efeitos concretizantes.

Neste sentido, a mudança paradigmática do Supremo Tribunal Federal em 2007, quando se atribuiu efeitos constitutivos ao mandado de injunção, despertou esperanças quanto a um “correto aproveitamento” do instituto. Uma nova interpretação do mandado de injunção nasce em um contexto de exigência de efetivação normativa, quebrando a histórica cumplicidade do Poder Judiciário com a inércia dos órgãos legislativos e executivos na efetivação do texto constitucional.

A partir da constitucionalização de diversos direitos e do princípio da inafastabilidade da jurisdição, o aplicador da lei se torna protagonista na ordem jurídica brasileira, retirando do texto constitucional e dos elementos de integração permitidos pela legislação brasileira todos os elementos indispensáveis à concessão da tutela jurisdicional.

Destarte, a concessão de efeitos constitutivos ao mandado de injunção é vista como avanço na garantia dos direitos constitucionais e verdadeiro reconhecimento do valor e possibilidades do *writ*, pois permitiria a remoção de obstáculo ao exercício de direito constitucionalmente previsto, permitindo a concretização das normas constitucionais não auto-aplicáveis.

Ocorre que, no âmbito do mandado de injunção, a ausência de norma regulamentadora do instituto deixa a sua aplicação à mercê de construções doutrinárias operadas pelos julgadores, que nada mais são que tentativas de abstração do espírito do Constituinte.

A partir de então, surgem os problemas na utilização dessa garantia: qual seria a natureza da tutela concedida no âmbito do mandado de injunção? No que consistem direitos, liberdades constitucionais e prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania?

Qual seria a abrangência dos efeitos do instituto? Quais os limites de atuação do Poder Judiciário de modo a não ferir o princípio da separação de poderes?

Neste contexto, a análise das diferentes correntes acerca da natureza jurídica do instituto, a delimitação de seu âmbito de proteção e o estudo teórico sobre os limites de atuação do Poder Judiciário e de abrangência de suas decisões, fazem-se indispensáveis ao delineamento dos erros e acertos da Suprema Corte na utilização do *writ*, e das perspectivas de aproveitamento do mandado de injunção na efetivação dos direitos constitucionais.

1 O MANDADO DE INJUNÇÃO E SUAS GENERALIDADES

Neste capítulo serão abordados os aspectos gerais do mandado de injunção, focando-se, em sua origem, o contexto histórico brasileiro de surgimento do *writ*. Em seu objeto, serão traçados os contornos do âmbito de proteção do instituto; em seu aspecto de legitimidade, serão abordados os pólos ativo e passivo do *writ*; no âmbito da competência, serão fixados os órgãos competentes para seu julgamento; e, no âmbito do procedimento, buscar-se-á adaptar a Lei n. 12.016/09 às peculiaridades do mandado de injunção.

1.1 Origem

A origem do mandado de injunção tem suas bases históricas no moderno constitucionalismo - movimento político, social e cultural³ que surge como uma nova feição do constitucionalismo, agregando-lhe diferentes técnicas de limitação do poder estatal, com a finalidade de garantir os direitos indispensáveis à formação de uma organização político-social⁴.

O constitucionalismo, como teoria de um governo limitado⁵, também pode ser conceituado como movimento que designa “as instituições e os princípios que são adotados pela maioria dos Estados que, a partir dos fins do século XVIII, têm um governo que, em contraposição àquele absoluto, se diz ‘constitucional’”⁶.

Apesar de surgido em tempos antigos, o movimento constitucionalista teve sua disseminação propiciada pela eclosão da Revolução Francesa e edição da Declaração Universal de Direitos Humanos, ambas de 1789, que também influenciaram a produção da primeira Carta Constitucional da Europa, em 1791; pelo direito inglês, cujo caráter consuetudinário permitiu a

³ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Livraria Almedina, 1997, p. 45-46.

⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Livraria Almedina, 1997, p. 45-46.

⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Livraria Almedina, 1997, p. 45-46.

⁶ ROMANO, Santi. *Princípios de direito constitucional geral*. Tradução de: Maria Helena Diniz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 42.

consolidação das instituições inglesas e um fortalecimento dos direitos civis e políticos; e pela edição da primeira Constituição escrita, na América do Norte, em 1787⁷.

A adoção do movimento pelos Estados traz ínsita uma preocupação com sua consolidação e com a efetivação do texto constitucional. Despontam, assim, da evolução do constitucionalismo, uma valorização da Constituição, que passa a ser vista como fundamento de validade da ordem jurídica. Neste sentido, preleciona Hans Kelsen:

A norma fundamental é a fonte comum da validade de todas as normas pertencentes a uma e mesma ordem normativa, o seu fundamento de validade comum. O fato de uma norma pertencer a uma determinada ordem normativa baseia-se em que o seu último fundamento de validade é a norma fundamental desta ordem. É a norma fundamental que constitui a unidade de uma pluralidade de normas enquanto representa o fundamento da validade de todas as normas pertencentes a essa ordem normativa⁸.

Forja-se, a partir de então, o conceito de controle de constitucionalidade, conseqüência das características de supremacia e rigidez do documento constitucional⁹. Esta característica, referente à imutabilidade relativa do texto constitucional, “é de fundamental importância na teoria do direito constitucional contemporâneo”¹⁰, já que permite: a) a formação de um conceito formal de Constituição; b) a distinção entre normas constitucionais e normas infraconstitucionais; c) a superioridade formal das normas previstas no texto constitucional¹¹.

Quanto à supremacia constitucional, consiste a referida característica na superioridade das normas constitucionais em face das normas infraconstitucionais, permitindo-se cunhar a noção de inconstitucionalidade - “conflito de um comportamento, de uma norma, ou de um ato com a Constituição”¹². Neste sentido, expõe Flávia Piovesan que o “pressuposto fundamental de uma inconstitucionalidade é a superioridade da Constituição em relação à lei ordinária e a clara distinção entre Poder Constituinte e Poder Constituído”¹³.

⁷ QUEIROZ, Luís Cesar Souza de. Mandado de injunção e inconstitucionalidade por omissão. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo, a. 6, n. 23, p. 197-237, abr./jun. 1998, p. 198-199.

⁸ Kelsen, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de: João Baptista Machado. São Paulo: M. Fontes, 2006, p. 217.

⁹ PIOVESAN, Flávia C. *Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995, p. 73.

¹⁰ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1982, p. 29.

¹¹ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1982, p. 29.

¹² QUEIROZ, Luís Cesar Souza de. Mandado de injunção e inconstitucionalidade por omissão. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, a. 6, n. 23, p. 197-237, abr./jun. 1998, p. 199.

¹³ PIOVESAN, Flávia C. *Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995, p. 75.

A inconstitucionalidade é conceito que foi primeiramente idealizado como uma conduta positiva em desconformidade com as disposições constitucionais – inconstitucionalidade por ação. Nos termos de Flávia Piovesan, “inconstitucional é o ato normativo produzido em dissonância com a Constituição, seja no aspecto formal, seja no aspecto material”¹⁴.

Era, à época do Estado liberal, concepção suficiente para a garantia dos direitos e liberdades individuais. Isso porque os direitos fundamentais eram idealizados “a partir de uma perspectiva subjetiva, pois cuidava-se apenas de identificar quais pretensões o indivíduo poderia exigir do Estado em razão de um direito positivado em sua ordem jurídica”¹⁵. Neste sentido, “a ordem jurídica deveria primar pela contenção do poder estatal e pela liberdade do cidadão”¹⁶.

No entanto, com a crise do Estado liberal, ocorrida no Brasil após a II Guerra Mundial e intensificada após o Movimento Militar de 1964, surge o Estado social – compromissado com o desenvolvimento do bem-estar social¹⁷.

Esse novo modelo de Estado permite o surgimento de novos direitos fundamentais e uma alteração em sua concepção: “Não apenas novos direitos foram positivados, ligados à garantia da igualdade material e das condições básicas de vida para a população, como também a visão referente aos antigos direitos liberais sofreu uma relevante mudança”¹⁸.

Os direitos fundamentais, antes restritos à regulação das interações entre cidadão e Estado, constituíam-se em limites imposto ao ente estatal, visando a assegurar os cidadãos de que seus direitos subjetivos não seriam violados pelo governante¹⁹. Com o surgimento do Estado social, entretanto, nasce uma dimensão objetiva dos direitos fundamentais, permitindo-se não apenas a exigência, pelo particular, de uma atuação do Estado no sentido de concretizar seus direitos – inclusive protegendo-o de ameaças de particulares, mas o reconhecimento de um núcleo essencial de direitos:

¹⁴ PIOVESAN, Flávia C. *Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995, p. 77.

¹⁵ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 105.

¹⁶ QUINTAS, Fábio Lima. A efetividade do mandado de injunção: retrospecto e perspectivas. *Direito Público*, São Paulo, v. 5, n. 20, p. 83-102, mar./abr. 2008, p. 84.

¹⁷ QUINTAS, Fábio Lima. A efetividade do mandado de injunção: retrospecto e perspectivas. *Direito Público*, São Paulo, v. 5, n. 20, p. 83-102, mar./abr. 2008, p. 85.

¹⁸ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 105.

¹⁹ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 105.

[...] os direitos fundamentais no constitucionalismo liberal eram visualizados exclusivamente a partir de uma perspectiva subjetiva, pois cuidava-se apenas de identificar quais pretensões o indivíduo poderia exigir do Estado em razão de um direito positivado na sua ordem jurídica [...].

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais liga-se ao reconhecimento de que tais direitos, além de imporem certas prestações aos poderes estatais, consagram também os valores mais importantes em uma comunidade política [...] ²⁰.

O rol de direitos fundamentais expande-se e o Estado (social) se propõe a garantir “condições materiais mínimas para o exercício efetivo das liberdades constitucionais” ²¹. No entanto, percebe-se, com o passar do tempo, que a previsão constitucional desse rol de direitos não se mostra suficiente a assegurar sua efetividade.

Nessa perspectiva, o Estado social entra em crise pela baixíssima efetividade de suas normas, abrindo espaço ao desenvolvimento do Estado democrático de direito, cujo modelo não se contenta com a mera previsão de direitos no texto constitucional, mas com a garantia de efetivação desses mesmos direitos. A partir de então, forja-se a noção de inconstitucionalidade por omissão.

O Estado, assim, incorreria nesse novo tipo de inconstitucionalidade quando, tendo obrigação constitucional de agir - na implementação dos direitos previstos na Carta Magna -, não o faz ²². Neste sentido, a inconstitucionalidade por omissão perfar-se-ia quando houvesse: a) omissão do órgão legislador na edição de normas concretizadoras dos direitos constitucionais; b) omissão na prática de atos políticos ou de governo, determinados pela Constituição e c) omissão em alteração da Constituição determinada para ocorrer no momento da revisão constitucional ²³.

Ademais, ocorreria inconstitucionalidade por via reflexa, ou seja, por violação primeira à lei e, conseqüentemente, à Constituição Federal, quando houvesse: a) omissão na expedição de decretos regulamentadores; b) omissão na prática de atos administrativos necessários à fiel execução das leis e c) omissão na execução das decisões judiciais ²⁴.

²⁰ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 105.

²¹ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 107.

²² QUEIROZ, Luís Cesar Souza de. Mandado de injunção e inconstitucionalidade por omissão. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, a. 6, n. 23, p.197-237, abr./jun. 1998, p. 199.

²³ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1988. vol. 2, p. 394-395.

²⁴ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1988. vol. 2, p. 395-396.

O foco do estudo em questão cinge-se ao primeiro tipo de inconstitucionalidade, qual seja, aquele em que o órgão legislador se omite na expedição de normas regulamentadoras dos direitos constitucionais, que, por sua vez, desdobra-se em omissão: pelo descumprimento de dispositivos constitucionais que impõem ao legislador ordinário a obrigação de legislar; pela ausência de regulamentação de normas de baixa densidade normativa, impedindo que se tornem exeqüíveis; e, pela não atualização de normas programáticas ou defasadas²⁵.

Neste ponto, a reconstitucionalização brasileira, ocorrida em 1988, foi essencial ao controle desse tipo de inconstitucionalidade. Isso porque permitiu o surgimento de um governo democrático de direito e o desenvolvimento do moderno constitucionalismo no país (o que já vinha ocorrendo na Europa durante a segunda metade do século XX)²⁶: ambos prezam pela democracia material e pela garantia efetiva dos direitos fundamentais. Segundo Inocêncio Mártires Coelho:

o processo dinâmico de democratização material e mesmo de garantia jurídico-formal dos direitos humanos, a sua mais ampla realização, é o que por sua vez justifica, em minha opinião, a passagem do sistema neocapitalista do Estado social de Direito ao sistema, flexivelmente socialista, do Estado democrático de Direito²⁷.

No Estado democrático de direito, surge a obrigação estatal em editar as leis necessárias à concretização dos direitos constitucionais²⁸. E, a partir do desenvolvimento do neoconstitucionalismo, jurisdição e hermenêutica constitucionais se aprimoram, contribuindo para a efetivação das normas constitucionais, por meio da atribuição de normatividade ao texto da Carta Política²⁹.

E, nesse sentido, o mandado de injunção, idealizado na Constituição Federal de 1988 como instrumento de controle de inconstitucionalidade por omissão, e, portanto, de

²⁵ QUEIROZ, Luís Cesar Souza de. Mandado de injunção e inconstitucionalidade por omissão. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, a. 6, n. 23, p. 197-237, abr./jun. 1998, p. 199-200.

²⁶ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, a. 3, n. 11, p. 21-66, out./dez. 2005, p. 22- 23 e 65.

²⁷ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 67.

²⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 364-365.

²⁹ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, a. 3, n. 11, p. 21-66, out./dez. 2005, p. 65.

efetivação dos direitos previstos no texto constitucional, assume o papel, a partir de uma interpretação neoconstitucionalista, de garantia de manutenção do Estado democrático de direito e de expansão do moderno constitucionalismo.

A partir do histórico traçado, tem-se que o mandado de injunção é instituto que surge no direito brasileiro, na Constituição da República de 1988, como uma tentativa de solucionar o problema da omissão legislativa, que inviabiliza o exercício de direitos constitucionais.

É garantia constitucional condizente com a tendência neoconstitucionalista de se atribuir auto-aplicabilidade e, conseqüentemente, maior efetividade às normas constitucionais, o que não correspondia à realidade brasileira de tempos atrás. Neste sentido, expõe Luís Roberto Barroso, que o *writ* foi “criado pelo constituinte de 1988 em atendimento ao reclamo generalizado pela busca de uma maior efetividade das normas constitucionais, que, em regimes passados, pereciam, desvalidas, por inércia do legislador em regulamentar os direitos delas decorrentes”³⁰.

Ademais, o remédio injuncional corresponde a instrumento sem similares no direito pátrio e alienígena, apesar de haver autores que defendam características comuns com a *injunction* inglesa e norte-americana, bem como uma forte influência do direito português. O fato é que o mandado de injunção é instrumento peculiar ao direito brasileiro: “trata-se, em verdade, de flor nativa”³¹.

Isso porque, diferente do mandado de injunção brasileiro, a *injunction* inglesa constitui-se, basicamente, em instrumento de caráter negativo, que visa a coibir a prática de certos atos – *prohibitory injunction* –, conquanto possa se constituir de caráter positivo, em alguns casos – *mandatory injunction*. Ademais, a *injunction* inglesa não é cabível contra a Administração Pública ou procedimentos judiciais³².

Quanto a *injunction* norte-americana, há quem defenda ser garantia processual muito mais parecida com o mandado de segurança brasileiro. Essa posição baseia-se no fato de

³⁰ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 243.

³¹ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 243.

³² QUEIROZ, Luís Cesar Souza de. Mandado de injunção e inconstitucionalidade por omissão. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, a. 6, n. 23, p. 197-237, abr./jun. 1998, p. 201.

que a *injunction* norte-americana se constitui em mandado judicial de caráter negativo, que visa a proteger direito líquido e certo, com a singularidade de que se destina não só ao agente público, mas também ao particular³³. Ressalve-se que a *injunction* norte-americana é mandado judicial que também pode adquirir feição positiva – injunção mandatória³⁴.

Já no que diz respeito ao instituto português, aproxima-se muito mais o instrumento da ação de inconstitucionalidade por omissão brasileira, pois que as finalidades do remédio restringem-se à declaração da inconstitucionalidade por omissão e cientificação do órgão legiferante³⁵³⁶. Trata-se, sem dúvida, de uma ação de controle abstrato de constitucionalidade.

O fato é que as tentativas doutrinárias de identificar o mandado de injunção brasileiro com institutos estrangeiros originam-se, basicamente, da pluralidade de propostas apresentadas à Assembléia Nacional Constituinte de 1987/88, que desenvolveu um “processo amplamente democrático e aberto à participação pública”³⁷.

As referidas propostas, apresentadas por diferentes constituintes, foram inspiradas nos mais diversos institutos estrangeiros; no entanto, a características originais das sugestões acabavam por não resistir à análise das Relatorias das Sub-Comissões e Comissões Temáticas, que terminavam desnaturando as sugestões em suas origens e finalidades. Neste sentido:

[...] ao passarem pelo crivo sucessivo das Relatorias das Sub-Comissões e Comissões Temáticas, as propostas sofriam alterações capazes de descaracterizar, por inteiro, seu escopo inicial, sem falar na óbvia necessidade de sua compatibilização com outras propostas, pertinentes a outros Capítulos ou Títulos do texto, que se iriam evidenciar, mais tarde, ante a Comissão de Sistematização³⁸.

Assim, o mandado de injunção representa, em verdade, um misto de diversos institutos estrangeiros, que, após as alterações operadas pelas Comissões da Assembléia

³³ MELLO, Maria Chaves de. *Dicionário jurídico português-inglês, inglês-português*. 5. ed. Rio de Janeiro: Barrister's, 1992, p. 351.

³⁴ QUEIROZ, Luís Cesar Souza de. Mandado de injunção e inconstitucionalidade por omissão. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, a. 6, n. 23, p. 197-237, abr./jun. 1998, p. 202.

³⁵ QUEIROZ, Luís Cesar Souza de. Mandado de injunção e inconstitucionalidade por omissão. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, a. 6, n. 23, p. 197-237, abr./jun. 1998, p. 203.

³⁶ A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal considerou como finalidade do mandado de injunção a declaração de inconstitucionalidade por omissão e a notificação do órgão omissor, o que não nos parece ser o posicionamento mais adequado, como será abordado posteriormente neste mesmo trabalho.

³⁷ HAGE, Jorge. *Omissão inconstitucional e direito subjetivo*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999, p. 120.

³⁸ HAGE, Jorge. *Omissão inconstitucional e direito subjetivo*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999, p. 121.

Nacional Constituinte de 1987/88 - na busca de harmonizar o remédio com outros dispositivos constitucionais - terminou por constituir-se em instituto único no ordenamento jurídico brasileiro.

Em conclusão, é remédio constitucional sem similares, cujo surgimento, em 1988, com a edição da atual Constituição Federal, foi propiciado pelo advento do moderno constitucionalismo, e cuja singularidade e recentidade traz à tona, no direito pátrio, **divergências** sobre sua correta aplicação.

1.2 Conceito e objeto

Dispõe o artigo 5º, inciso LXXI, da Constituição Federal de 1988, que: “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”³⁹.

A partir do dispositivo legal acima transcrito, tem-se que o mandado de injunção, previsto no Título II da Constituição Federal - que prevê os ‘Direitos e Garantias Fundamentais’, representa um direito e uma garantia. É uma garantia pois serve à defesa dos direitos fundamentais e é, ontologicamente, um direito, pois, como ação, corresponde a um direito subjetivo à disposição da parte.

Frisando seu aspecto garantista, é, conforme ensina Celso Agrícola Barbi, “uma garantia fundamental porque serve para assegurar outros direitos constitucionais ameaçados de não-uso por falta de norma regulamentadora”⁴⁰. Neste sentido, é direito subjetivo de acionar o Poder Judiciário na busca da viabilização de direitos pendentes de norma regulamentadora.

No que diz respeito ao âmbito de proteção, é importante ressaltar, primeiramente, que o instituto abarca apenas direitos e liberdades inviabilizados por omissão legislativa. Assim, só aqueles direitos obstaculizados pela inexistência de regulamentação podem

³⁹ BRASIL. Constituição (1988). Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em: 8mai.2011.

⁴⁰ BARBI, Celso Agrícola. Mandado de injunção. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Org.). *Mandados de segurança e de injunção*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 393.

ser objeto do *writ*, ou seja, conforme a classificação proposta por José Afonso da Silva, no que tange à eficácia das normas constitucionais, seu âmbito de proteção se restringe às normas de eficácia limitada.

Isso porque, aderindo-se à classificação do renomado autor, estariam as normas de eficácia plena e as de eficácia contida, desde sua edição, aptas à produção de todos os seus efeitos, diferenciando-se as primeiras das segundas pela possibilidade destas serem restringidas por regulamentação posterior. Neste sentido, desnecessário a elas seria a utilização do mandado de injunção, pois que apenas as normas de eficácia limitada estariam, após a caracterização da mora, eivadas pelo vício da inconstitucionalidade que o mandado de injunção buscar sanar.

Assim, posiciona-se William Meneses Baldi pela restrição do âmbito de proteção do *writ*: “É preciso estabelecer de forma clara e precisa ***a íntima correlação existente entre mandado de injunção e normas constitucionais de eficácia limitada***, pois para assegurar a efetividade destas é que o legislador constituinte incorporou referido mandado em nosso sistema jurídico”⁴¹.

Conclui-se, portanto, que o mandado de injunção se constitui em garantia constitucional que visa a garantir a fruição de normas de eficácia limitada, ou seja, de normas que, pendentes de regulamentação, não produzem todos os efeitos colimados pelo constituinte. Enquanto não complementadas, restringem-se, basicamente, a irradiar efeitos negativos, servindo de parâmetro para um controle de constitucionalidade de outras normas⁴².

No entanto, as normas de eficácia limitada, subdivididas, na lição de José Afonso da Silva, em: a) normas definidoras de princípio institutivo ou organizativo e b) normas definidoras de princípio programático, nem sempre podem ser objeto da ação injuncional. Se definidoras de princípio institutivo, podem ser impositivas, obrigando o legislador a emitir norma integrativa, ou facultativas, permitindo – não obrigando – a emissão de comando normativo. Se

⁴¹ BALDI, William Meneses. O mandado de injunção analisado por meio da sistemática constitucional e suas implicações no ordenamento jurídico. *Cadernos de Iniciação Científica* 2, São Bernardo do Campo, v. 2, p. 131-141, jul. 2005, p. 133.

⁴² BALDI, William Meneses. O mandado de injunção analisado por meio da sistemática constitucional e suas implicações no ordenamento jurídico. *Cadernos de Iniciação Científica* 2, São Bernardo do Campo, v. 2, p. 131-141, jul. 2005, p. 133.

programáticas, podem ser vinculadas ao princípio da legalidade, referidas aos Poderes Públicos ou dirigidas à ordem econômico-social em geral⁴³.

Nestes termos, no que tange às normas de princípio institutivo, só as impositivas podem ser objeto do *writ*⁴⁴, uma vez que, no caso das normas facultativas “o legislador tem apenas uma faculdade. Quanto à iniciativa da lei, tem discricionariedade completa, não podendo sequer ser censurado moral ou politicamente se não a tomar (...)”⁴⁵.

Já no que diz respeito às normas programáticas, defende Luís Roberto Barroso⁴⁶ que são normas que fixam objetivos ao Estado, ficando restritas ao âmbito da discricionariedade do legislador sua integração. Neste sentido, a falta de regulamentação infraconstitucional não faz surgir direito subjetivo do jurisdicionado a provimento jurisdicional.

A posição delineada é, no que se refere às normas programáticas, a prevalecente – “normas programáticas, portanto, não ensejam a impetração de mandado de injunção”⁴⁷. Em contrariedade à essa posição, José Afonso da Silva admite o cabimento do mandado de injunção em face de algumas normas programáticas – as vinculadas ao princípio da legalidade. A divergência, contudo, consiste basicamente naquilo que se entende por normas programáticas – campo mais amplo para José Afonso da Silva do que para Luís Roberto Barroso⁴⁸.

Desse modo, a depender das normas que se considera como programáticas, estas podem ou não estar inseridas no âmbito de proteção do mandado de injunção. Todavia, para serem abrangidas pelo remédio constitucional, devem impor, não apenas facultar, a edição de norma regulamentar.

⁴³ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

⁴⁴ PIOVESAN, Flávia C. *Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995, p. 68.

⁴⁵ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 134.

⁴⁶ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 159.

⁴⁷ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 265.

⁴⁸ Cf. SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998., p. 147-148.

Nestes termos, o *writ* busca solucionar os casos em que “a eficácia de certas normas constitucionais não alcança a plenitude dos efeitos jurídicos pretendidos pelo constituinte enquanto não se emitir uma normação jurídica ordinária ou complementar executória, prevista ou requerida”⁴⁹.

O que não significa que a ausência de normatização importe em norma desprovida de efeitos jurídicos. São as normas de eficácia limitada “aplicáveis, independentemente da lei prevista, enquanto possam, o que se percebe pela configuração de elementos autônomos que contenham”⁵⁰. Isso em consonância com a tendência atual de se atribuir auto-aplicabilidade e, conseqüentemente, efetividade às normas constitucionais. Assim expõe José Afonso da Silva:

A clássica teoria norte-americana sobre a aplicabilidade das normas constitucionais sustentava serem excepcionais os casos em que as disposições da constituição eram, por si mesmas, executórias [...].
Hoje prevalece entendimento diverso. A orientação doutrinária moderna é no sentido de reconhecer eficácia plena e aplicabilidade imediata à maioria das normas constitucionais [...] ⁵¹.

Em resumo, o mandado de injunção constitui-se em remédio viabilizador de direitos previstos em normas de eficácia limitada que, uma vez pendentes de regulamentação, não podem ser exercidos; neste diapasão, constitui-se numa ação judicial que visa a dar eficácia plena aos ‘direitos e liberdades constitucionais’ e às ‘prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania’.

Nestes termos, não há falar, no que tange ao âmbito de proteção do instituto, em normas de eficácia plena ou contida, pois as mesmas não necessitam de regulamentação para produção de todos os seus efeitos essenciais; estas possuem, portanto, aplicabilidade imediata desde sua edição, podendo, no caso das normas de eficácia contida, ter seus efeitos restringidos por norma ulterior.

Ademais, além da limitação do âmbito de proteção do mandado de injunção às normas de eficácia limitada, é importante delimitar, dentro das referidas normas, quais poderiam ser objeto do remédio constitucional.

⁴⁹ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 66.

⁵⁰ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 135.

⁵¹ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 88.

Apesar de José Carlos Barbosa Moreira⁵² sustentar o cabimento do *writ* em face não só de direitos constitucionais, mas de ‘prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania’ fixadas em norma infraconstitucional, essa não parece ser a melhor posição.

Alega o autor que as referidas prerrogativas já estariam inseridas no conceito de ‘direitos e liberdades’ – expressão do artigo 5º, inciso LXXI, da Carta Magna, não havendo porque se adicionar a ‘direitos e liberdades constitucionais’ a expressão ‘prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania’, senão para excluí-la da restrição ‘constitucionais’.

Conquanto seja posição muito respeitada, a excessiva abrangência conferida ao âmbito de proteção do instituto transforma-o, de medida excepcional, em solução para os diversos obstáculos advindos de omissão constitucional e legislativa.

Apesar de, no âmbito jurisprudencial, não ter sido levado a efeito a proteção de normas infraconstitucionais, a só abrangência injuncional das mais variadas normas constitucionais – conferida pela Suprema Corte, importou em demasiada ampliação do objeto do *writ*, o que foi uma das principais causas de inocuidade do instituto, pois constituiu-se em motivo de receio de haver um acúmulo de ações nos já congestionados Tribunais.

Neste sentido, expressou o Ministro Moreira Alves: “Vamos transformar o STF em Corte que julgará, ordinária e originalmente, talvez mil, dois mil, ou, até, dez mil casos análogos a este (...)”⁵³. Embora as conseqüências temidas sejam administrativas, não podem ser ignoradas, pois constituem-se em “razão de fundo que vem impedindo, desde o início, que a maioria da Corte reconheça a verdadeira natureza do Mandado de Injunção”⁵⁴.

Quando da edição da Constituição Federal de 1988, muitos doutrinadores defendiam que os ‘direitos e liberdades constitucionais’ e as ‘prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania’ seriam qualquer direito subjetivo expressamente previsto na Constituição⁵⁵.

⁵² MOREIRA, José Carlos Barbosa. Mandado de injunção. In: TUBENCHLAK, James e BUSTAMANTE, Ricardo Silva de (Coord.) *Livro de estudos jurídicos*. Rio de Janeiro: Instituto de estudos jurídicos, 1991, p. 39-41.

⁵³ *Apud* HAGE, Jorge. *Omissão inconstitucional e direito subjetivo*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999, p. 181.

⁵⁴ HAGE, Jorge. *Omissão inconstitucional e direito subjetivo*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999, p. 181.

⁵⁵ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Mandado de injunção: efeitos da decisão e âmbito de incidência. *Interesse público*, São Paulo, v. 9, n. 43, p. 97-116, mai./jun. 2007, p. 100-101.

Não estaria o objeto do mandado de injunção, de acordo com a posição acima delineada, adstrito à esfera da fundamentalidade. Para esses autores, ‘direitos e liberdades constitucionais’ seria conceito amplo, que não se confundiria com o conceito restrito de ‘direitos fundamentais’. Neste sentido, posicionou-se Hely Lopes Meirelles:

O objeto, portanto, desse mandado, é a proteção de quaisquer direitos e liberdades constitucionais, individuais ou coletivos, de pessoa física ou jurídica, e de franquias relativas à nacionalidade, à soberania popular e à cidadania, que torne possível sua fruição por inação do Poder Público em expedir normas regulamentadoras pertinentes⁵⁶.

Poucos foram os doutrinadores que, inicialmente, defenderam uma interpretação restritiva do mandado de injunção, atribuindo-lhe, como âmbito de proteção, apenas os direitos materialmente e formalmente fundamentais⁵⁷.

Apesar da jurisprudência ter sido vasta no campo de aplicação do mandado de injunção, ampliando sua seara a direitos constitucionais não abarcados pela fundamentalidade⁵⁸, como já exposto, parece ser posição mais acertada a que restringe o campo de proteção do mandado de injunção à esfera da fundamentalidade material e formal. Neste sentido:

[...] em relação ao âmbito materialmente protegido, pode-se considerar que o STF vai além do que permite a legitimação democrática. Alicerçado em grande parte da doutrina, considera que qualquer norma constitucional pode constituir parâmetro para a declaração da omissão legislativa, mesmo que não se cuide norma jusfundamental. Esta excessiva abrangência do âmbito protegido pelo instituto parece ter sido a principal causa de sua não-efetivação⁵⁹.

Neste diapasão, importante para dar efetividade ao instituto a restrição de seu objeto às normas constitucionais dotadas de fundamentalidade material e formal. Isso em consonância com a idéia de que o instituto busca proteger somente as normas nucleares da sociedade. Dessarte, expõe Sarmento que “os direitos fundamentais condensam os valores mais relevantes para determinada comunidade política”⁶⁰.

⁵⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, “habeas-data”*. 12 ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1989, p. 388-389.

⁵⁷ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Mandado de injunção: efeitos da decisão e âmbito de incidência. *Interesse público*, São Paulo, v. 9, n. 43, p. 97-116, mai./jun. 2007, p. 101.

⁵⁸ Cf. MI n. 232, Supremo Tribunal Federal, Rel. Min. Moreira Alves, julgado em 2/8/1991, publicado no DJ de 27/3/1992, que trata de isenção das contribuições previdenciárias para entidades beneficentes de assistência social.

⁵⁹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Mandado de injunção: efeitos da decisão e âmbito de incidência. *Interesse público*, São Paulo, v. 9, n. 43, p. 97-116, mai./jun. 2007, p. 107.

⁶⁰ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 106.

Se o mandado de injunção visa a proteger apenas os direitos fundamentais, previstos no Título II da Constituição Federal, não é para desamparar os direitos excluídos da esfera da fundamentalidade, mas transportá-los ao âmbito de proteção da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Nestes termos, na defesa da restrição do âmbito de proteção do *writ*, argumenta Celso Ribeiro Bastos:

A expressão ‘direitos e liberdades constitucionais’ aponta para as clássicas declarações de direitos individuais. No nosso Texto Constitucional, o tratamento desta matéria é feito de forma moderna, a consagrar não só os direitos e deveres individuais, mas para incluir debaixo do mesmo título ‘Dos direitos e garantias fundamentais’ os coletivos e os sociais. Destarte, quer-nos parecer que a melhor interpretação é a que faz recair a tutela do mandado de injunção sobre os direitos subsumidos debaixo do Título II da Constituição [...] ⁶¹.

Desse modo, não se estaria a ignorar a necessidade de proteção de outros direitos constitucionais, mas de adequá-los à via própria de proteção – a ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Não se quer, com isso, dizer que esta ação se destine também à defesa de direitos subjetivos, até mesmo porque é instrumento destinado à proteção das normas contidas na Carta Política de 1988, qual seja, de direitos objetivos.

A ação de inconstitucionalidade por omissão, portanto, não se destina propriamente à efetivação de direitos, mas à proteção das normas – quaisquer delas – contidas no texto constitucional ⁶².

Nestes termos, conclui-se que o âmbito de proteção do mandado de injunção em nada se confundiria com o da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, porquanto este instrumento visa a conferir eficácia a uma norma, e não a um direito.

Ademais, como protetora dos direitos objetivos, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, para seu ajuizamento, diversamente do que se impõe ao mandado de injunção, prescinde de demonstração de “interesse jurídico específico” ⁶³, pelo próprio tipo de direito defendido - objetivo.

Ante o exposto, os direitos excluídos da seara da fundamentalidade, quais sejam, os direitos objeto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, não estariam, em

⁶¹ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 222.

⁶² MOREIRA, Eduardo Ribeiro. O novo aproveitamento do mandado de injunção. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 15, n. 60, p. 82-93, jul./set. 2007, p. 89.

⁶³ PIOVESAN, Flávia C. *Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995, p. 101.

contraposição aos direitos tutelados pelo mandado de injunção, sujeitos a um controle concreto, mas a um controle abstrato de constitucionalidade⁶⁴.

Conclui-se assim que os direitos não fundamentais não restam desamparados pela simples exclusão do âmbito de incidência do mandado de injunção – a eles é provida uma proteção diferente a partir do amparo fornecido pela ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Desse modo, é possível depreender-se do estudo aqui realizado que o mandado de injunção é ação constitucional que busca viabilizar o exercício de direitos subjetivos contidos em normas de eficácia limitada, com conteúdo formal e materialmente fundamental, que, pendentes de regulamentação infraconstitucional, não possuem aplicabilidade imediata; sendo a restrição do seu âmbito de proteção, nestes termos, medida indispensável à conferência de uma maior efetividade ao instituto.

Faz-se necessário, ainda, a análise quanto à possibilidade de interposição do mandado de injunção para proteção de direitos difusos. Adotando posição favorável, encontra-se Luís Roberto Barroso⁶⁵.

Em posição contrária, Flávia Piovesan⁶⁶ repudia a tutela de direitos difusos pelo remédio injuncional, alocando tais direitos como objeto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Neste sentido, defende a autora que a tutela do mandado de injunção consistiria na edição de norma geral e abstrata, servindo, assim, à tutela de direitos objetivos, e não subjetivos. Esta posição, no entanto, não parece a mais acertada, tendo em vista que direitos difusos também podem se constituir em direitos subjetivos adstritos ao âmbito da fundamentalidade.

1.3 Legitimação

As seguintes subseções visam a apresentar os legitimados ativos e passivos quando da impetração do mandado de injunção.

⁶⁴ PIOVESAN, Flávia C. *Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995, p. 161.

⁶⁵ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 252.

⁶⁶ PIOVESAN, Flávia C. *Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995, p. 126.

1.3.1 Legitimidade ativa

O mandado de injunção tem como legitimado ativo para sua impetração o titular de direito subjetivo inviabilizado pela ausência de norma regulamentadora. Como já exposto em tópico anterior, o direito subjetivo objeto do *writ* restringe-se àqueles previstos em normas de eficácia limitada cujo conteúdo esteja na esfera da fundamentalidade.

Previsto no Capítulo da Constituição referente aos direitos e garantias fundamentais, o remédio injuncional “tem como endereçado toda e qualquer pessoa”⁶⁷.

Ademais, admite, com base em consolidada jurisprudência, a via de impetração coletiva: “partindo da análise da finalidade do mandado de injunção que se alcança a conclusão intuitiva de que essa figura está umbilicalmente atrelada aos processos coletivos, sendo extremamente útil às questões de massa”⁶⁸.

Permite-se, nesse âmbito, a substituição processual dos legitimados por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, e partido político com representação no Congresso Nacional – mesmos legitimados do mandado de segurança coletivo. Neste caso, em consonância com o escopo do instituto da substituição processual, o direito pleiteado deverá ser, também, coletivo.

Para Luís Roberto Barroso⁶⁹, que defende a possibilidade de defesa dos direitos difusos pela via do remédio injuncional, o Ministério Público também teria legitimidade ativa para impetração do *writ*, tanto para a defesa desses direitos quanto para a defesa dos direitos coletivos. Segundo o doutrinador, estaria tal legitimidade consubstanciada no artigo 6º, inciso VIII, da Lei Complementar nº 75/93⁷⁰.

1.3.2 Legitimidade passiva

⁶⁷ PIOVESAN, Flávia C. *Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995, p. 126.

⁶⁸ MAZZEI, Rodrigo. Mandado de injunção coletivo: viabilidade frente aos (falsos) dogmas. *Revista de Direitos Difusos*, s. l., v. 7, n. 36, p. 119-156, mar./abr. 2006, p. 141.

⁶⁹ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 252.

⁷⁰ BRASIL. Lei complementar n. 75, de 20 de maio de 1993. Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União. Disponível em < <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/LCP/Lcp75.htm> > Acesso em: 12 mai. 2011.

Em anteprojeto elaborado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP, que visava à edição do Código Brasileiro de Processo Civil Coletivo, previa-se como legitimado passivo da ação injuncional coletiva, a “pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, que, por inexistência de norma regulamentadora, impossibilite o exercício de direitos e liberdades constitucionais (...)”⁷¹.

Em consonância com essa posição, Flávia Piovesan defende a legitimidade passiva da “parte privada ou pública que viria a suportar o ônus de eventual concessão da injunção”⁷², restringindo a legitimidade passiva ao ente responsável pela concretização do direito e, portanto, excluindo o órgão omissor – qual seja, aquele que deveria ter editado a norma faltante.

O Ministro Carlos Mário Velloso posiciona-se no mesmo sentido: “Sustento a tese de que está legitimado passivamente para ação do Mandado de Injunção a pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que deva suportar os efeitos da sentença”⁷³.

Em outra linha, o anteprojeto para edição do Código Brasileiro de Processo Civil Coletivo, editado pela pós-graduação da Universidade Estadual do Rio de Janeiro – UERJ - e da Universidade Estácio de Sá – UNESA – previu, na legitimação passiva do mandado de injunção, litisconsórcio obrigatório entre o responsável pela edição da norma regulamentar faltante e o responsável pela viabilização do direito subjetivo⁷⁴.

O Supremo Tribunal Federal, em uma terceira corrente, entendeu ser o remédio constitucional cabível contra o órgão incumbido de editar a norma infraconstitucional viabilizadora do direito. Isso em consonância com a interpretação que entende que a competência para julgamento da ação está relacionada àquele que deve regulamentar o direito obstaculizado. Concretizando essa posição, decidiu a Suprema Corte no MI 323-8, quanto ao mandado de injunção, que

⁷¹ Artigo 46 do anteprojeto da USP para edição de um Código Brasileiro de Processo Civil Coletivo (retirada no final de 2005) *Apud* MAZZEI, Rodrigo. Mandado de injunção coletivo: viabilidade frente aos (falsos) dogmas. *Revista de Direitos Difusos*, s. l., v. 7, n. 36, p. 119-156, mar./abr. 2006, p. 135.

⁷² PIOVESAN, Flávia C. *Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995, p. 127.

⁷³ VELLOSO, Carlos Mario. As novas garantias constitucionais. *Revista de direito administrativo*, Rio de Janeiro, n. 177, p. 14-28, 1989, p. 14.

⁷⁴ MAZZEI, Rodrigo. Mandado de injunção coletivo: viabilidade frente aos (falsos) dogmas. *Revista de Direitos Difusos*, s. l., v. 7, n. 36, p. 119-156, mar./abr. 2006, p. 135.

se dirige às autoridades ou órgãos públicos que se pretendem omissos quanto à regulamentação que viabilize o exercício de direitos e liberdades constitucionais [...] não se configurando, assim, hipótese de cabimento de litisconsórcio passivo entre essas autoridades e órgãos públicos que deverão, se for o caso, elaborar a regulamentação necessária, e particulares que, em favor do impetrante do mandado de injunção, vierem a ser obrigados ao cumprimento da norma regulamentadora [...] ⁷⁵.

Dentre as três correntes apresentadas, a segunda parece mais acertada. Isso porque, como ação de resolução de casos concretos, o mandado de injunção imporá ao responsável pela concretização do direito inviabilizado um ônus – decisão cujas possíveis consequências garantem ao sucumbente o direito de apresentar sua defesa frente à pretensão do autor. O órgão omissor, por sua vez, precisa estar no pólo passivo para que lhe seja dada a oportunidade de suprir a sua omissão, permitindo o usufruto de um direito nos termos de uma legislação geral e abstrata, em homenagem ao princípio da isonomia.

Como ação de controle difuso de constitucionalidade, o mandado de injunção evidencia um controle incidental, sendo o pedido de viabilização do direito pendente de regulamentação o objeto principal da ação. Dessa forma, a lide não prescinde do posicionamento no pólo passivo da demanda do responsável pela concretização do direito.

E, o posicionamento do órgão omissor no pólo passivo, em litisconsórcio, serviria mais como uma tentativa de sensibilização, para que o órgão rompa sua inércia e edite a regulamentação, não havendo como se obrigar o ente inerte à regulamentação do direito objeto da lide ⁷⁶.

Em conclusão, o mandado de injunção é, segundo a corrente que se supõe mais coerente, ação constitucional em cujo pólo passivo deve figurar tanto a autoridade omissa quanto aquela responsável pela concretização do direito do legitimado ativo.

1.4 Competência e procedimento

No âmbito da hermenêutica constitucional, extrai-se da Carta Política de 1988, mais especificamente da alínea “h”, inciso I, artigo 105, que, são competentes para julgar mandado de injunção não só o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, mas as justiças especializadas e as justiças comuns estadual e federal.

⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de injunção n. 323-8. Relator: Ministro Moreira Alves. *Diário de Justiça*, Brasília, jul. 1993, p. 147-150.

⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de injunção n. 323-8. Relator: Ministro Moreira Alves. *Diário de Justiça*, Brasília, jul. 1993, p. 139-140.

Isso porque o supracitado dispositivo constitucional dispõe ser competência do Superior Tribunal de Justiça julgar a ação constitucional quando não for competente para tanto a Suprema Corte, “os órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal”⁷⁷.

Desse modo, a competência para julgamento do *writ* é obtida por meio de exclusão, sendo definida pela matéria objeto da injunção. Ademais, percebe-se também a utilização de critérios relacionados aos órgãos responsáveis pela omissão, uma vez que o artigo 102, inciso I, alínea “q”, da Constituição Federal, remete à Suprema Corte o julgamento de mandado de injunção quando os órgãos ali referidos forem responsáveis pela omissão. Nestes termos, é possível visualizar, portanto, a utilização dos critérios *ratione materiae* e *ratione personae*.

No que se refere ao procedimento para impetração do mandado de injunção, o Supremo Tribunal Federal orientou-se no sentido de aplicar ao remédio constitucional a lei processual destinada ao mandado de segurança – que, até recentemente, consistia na Lei n. 1.533/51⁷⁸ -, e o Código de Processo Civil⁷⁹. Ademais, foi editado o artigo 216 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça no mesmo sentido.

Irônico, pois, seria atribuir ineficácia ao instituto pela ausência de regulamentação, quando ele tem por escopo justamente o combate de omissões legislativas. Dessa forma, a jurisprudência se posicionou no sentido de que a ausência de norma regulamentadora do mandado de injunção não tornaria o remédio inefetivo, pois, sendo garantia constitucional, o *writ* teria aplicabilidade imediata, devendo ser regido pela lei disciplinadora do mandado de segurança.

⁷⁷ BRASIL. Constituição (1988). Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm > Acesso em: 8mai.2011.

⁷⁸ Foi editada, em 7/8/2009, uma nova lei disciplinando o mandado de segurança individual e coletivo – Lei n° 12.016/2009, ficando revogada a Lei n.° 1.533/1951.

⁷⁹ OLIVEIRA, Francisco Antônio de. *Mandado de injunção*: da inconstitucionalidade por omissão, enfoques trabalhistas, jurisprudência. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004, p. 142.

Inclusive, informa Wander Paulo Marotta Moreira⁸⁰ que no VIII Painele organizado pelo Senado Federal, em Vitória, foi elaborado anteprojeto que indicava a observância do procedimento do mandado de segurança.

Essa questão, com a edição da Lei n. 8.038/90, foi definitivamente resolvida com a positivação, no artigo 4º, parágrafo único, da utilização do procedimento relativo ao mandado de segurança analogicamente ao mandado de injunção, enquanto pendente este instituto de legislação específica⁸¹.

A partir do exposto, necessário se faz delinear os principais pontos de aplicação - ou não - da lei aplicável ao mandado de segurança.

De acordo com o artigo 6º da nova lei disciplinadora do mandado de segurança - Lei n. 12.016/2009, a “petição inicial, que deverá preencher os requisitos estabelecidos pela lei processual, será apresentada em 2 (duas) vias com os documentos que instruírem a primeira reproduzidos na segunda [...]”⁸².

Os referidos requisitos previstos na lei processual correspondem aos artigos 282 e 283 do Código de Processo Civil. No que se refere à quantidade de vias que deverão ser apresentadas, acresça-se um número às necessárias ao mandado de segurança, tendo em vista se destinarem aos legitimados passivos que, no caso do mandado de injunção, constituem-se em dois – órgão inerte e responsável pela efetivação do direito.

Como todo processo, o mandado de injunção não prescinde do ajuizamento da ação por petição inicial, a qual necessita da presença de todos os requisitos subjetivos e objetivos para desenvolvimento válido e regular, além da ausência de vícios processuais. Exige, a exemplo do mandado de segurança, a indicação do valor da causa; e, a exemplo da ação popular, o que parece ser mais sensato é a dispensa do pagamento de custas, salvo a presença de má-fé⁸³.

⁸⁰ MOREIRA, Wander Paulo Marotta. Notas sobre mandado de injunção. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Mandados de segurança e de injunção*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 420-421.

⁸¹ Art. 24, parágrafo único, Lei n. 8.038/90 - No mandado de injunção e no habeas data, serão observadas, no que couber, as normas do mandado de segurança, enquanto não editada legislação específica.

⁸² BRASIL. Lei n. 12.016, de 7 de agosto de 2009. Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12016.htm> Acesso em: 8 mai.2011.

⁸³ OLIVEIRA, Francisco Antônio de. *Mandado de injunção: da inconstitucionalidade por omissão, enfoques trabalhistas*, jurisprudência. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004, p. 172-173.

Ademais, é petição que, à semelhança do mandado de segurança, não dispensa a impetração por meio de advogado, tendo em vista o rigor processual presente no artigo 10 da Lei n. 12.016/2009, que determina o indeferimento da inicial quando da ausência de algum dos requisitos legais⁸⁴. Neste sentido, posicionou-se a Suprema Corte no MI 233-9/DF⁸⁵.

Para sua impetração, o mandado de injunção é *writ* que não possui prazo preclusivo, até mesmo porque a “imposição de prazo teria como consequência imediata a neutralização do instituto”⁸⁶. Tanto não possui prazo determinado para sua impetração que sua previsão constitucional contém a cláusula ‘sempre’ como fixação das circunstâncias de sua concessão como direito de garantia⁸⁷. Neste sentido, posicionou-se Hely Lopes Meirelles: “não há decadência nem prescrição para a impetração do mandado de injunção, mas a lei processual pertinente, que vier a ser expedida, poderá estabelecer limite temporal a respeito”⁸⁸; e José Afonso da Silva:

O direito subjetivo de impetrar o mandado de *injunção* é imprescritível e também não poderá estar sujeito a prazo decadencial, pela simples, mas relevante razão, de que o exercício de direitos e liberdades *constitucionais* e das prerrogativas objeto desse remédio são igualmente imprescritíveis. Uma coisa fundamenta a outra⁸⁹.

Ademais, o *writ* admite, pela aplicação da Lei n. 12.016/2009, impetração por via de telegrama, radiograma, fax ou “outro meio eletrônico de autenticidade comprovada” (art. 4º, *caput*, da referida lei)⁹⁰, quando se tratar de caso urgente, regulando-se o procedimento pelos artigos 374 e seguintes do Código de Processo Civil⁹¹.

⁸⁴ OLIVEIRA, Francisco Antônio de. *Mandado de injunção: da inconstitucionalidade por omissão, enfoques trabalhistas*, jurisprudência. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004, p. 156.

⁸⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção. MI 233-9/DF. Relator: Ministro Moreira Alves. 2 ago. 1990. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=mandado+de+injuncao%28233%2ENUMER%2E+OU+233%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos> > Acesso em: 9 mai. 2011.

⁸⁶ OLIVEIRA, Francisco Antônio de. *Mandado de injunção: da inconstitucionalidade por omissão, enfoques trabalhistas*, jurisprudência. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004, p. 145.

⁸⁷ Prevê o art. 5º, inciso LXXI, CF/1988, que: “Conceder-se-á mandado de injunção **sempre** que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais [...]” (grifou-se).

⁸⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, “habeas-data”*. 12 ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1989, p. 136.

⁸⁹ SILVA, José Afonso da. *Mandado de injunção e “habeas data”*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1989, p. 52.

⁹⁰ BRASIL. Lei n. 12.016, de 7 de agosto de 2009. Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12016.htm > Acesso em: 8 mai. 2011.

⁹¹ OLIVEIRA, Francisco Antônio de. *Mandado de injunção: da inconstitucionalidade por omissão, enfoques trabalhistas*, jurisprudência. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004, p. 148.

Constatada a regularidade da petição inicial, o juiz a despachará, citando os impetrados e remetendo-lhes cópia da inicial, bem como dos documentos acostados. O procedimento do mandado de injunção diverge do mandado de segurança, nessa fase, em um ponto específico – os legitimados passivos do mandado de injunção são citados, não notificados. Neste sentido, leciona Ulderico Pires dos Santos que

ao contrário do que ocorre nos casos de mandado de segurança, em que os sujeitos passivos são notificados para prestar informações, no mandado de injunção entendemos que deverão ser *citados* por oficial de justiça, ou carta dos escrivães ou secretários. E assim deve ser porque, nesse caso, são chamados para se defender, uma vez que o novo instituto há de ser entendido como mandamento da autoridade judiciária, ordem escrita e emitida para ser cumprida sob as penas da lei.

Se o seu caráter é de imposição, forçosamente não poderão ser notificados, pois, como se sabe, a notificação destina-se apenas a dar ciência a alguém dos autos e termos do processo que já se acha em curso (art. 234 do Código de Processo Civil). A citação, ao contrário, convoca o réu ou o interessado para integrar a lide⁹².

Citados os legitimados passivos, “o serventário em cujo cartório corra o feito juntará aos autos cópia autêntica dos ofícios [citatórios] endereçados [...], bem como a prova da entrega a estes [legitimados passivos] ou da sua recusa em aceitá-los ou dar recibo [...]” (art. 11, da Lei n. 12.016/2009)⁹³. A partir da juntada do ofício citatório aos autos, considera-se citada a parte ré, iniciando o decurso do prazo para resposta – 10 (dez) dias, conforme redação do inciso I, artigo 7º, da Lei n. 12.016/2009.

Quanto ao instituto da revelia, a melhor orientação é aquela que entende não ser aplicável seus efeitos na ação de segurança e, conseqüentemente, na ação injuncional. Até mesmo porque a Lei n. 12.016/2009 não prevê a aplicação dos efeitos da revelia à inércia da parte na prestação de informações.

Além disso, José Olympio de Castro Filho defende que “No caso de decretar-se a revelia de pessoa jurídica de direito público por ausência de informações/defesa do impetrado, deve-se, em regra, aplicar o disposto no inc. II do art. 320 do CPC”⁹⁴, ou seja, sendo a Administração Pública regulada pelo princípio da indisponibilidade do interesse público, não cabe ao administrador público renunciar ao direito de defesa. Nestes termos, “Quando [...] o

⁹² SANTOS, Ulderico Pires dos. *Mandado de injunção: estudos e considerações*. São Paulo: Paumape, 1988, p. 51.

⁹³ BRASIL. Lei n. 12.016, de 7 de agosto de 2009. Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12016.htm > Acesso em: 8 mai. 2011.

⁹⁴ *Apud* OLIVEIRA, Francisco Antônio de. *Mandado de injunção: da inconstitucionalidade por omissão, enfoques trabalhistas, jurisprudência*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004, p. 154.

direito em litígio for indisponível, desaparece para o réu a possibilidade de renunciar à defesa, por meio de simples inação ou revelia”⁹⁵.

No que tange ao direito objeto da injunção, não constitui requisito a prova do direito líquido e certo, já que ausente a previsão na norma constitucional. Se necessário fosse a referida prova, seria objeto do mandado de segurança, e não da ação injuncional. Neste sentido, “não há, pois, que se cogitar de direito líquido e certo para o pedido de injunção [...]”⁹⁶.

Destarte, não sendo exigível prova de que o direito protegido pelo mandado de injunção é ‘líquido e certo’, é cabível dilação probatória, diversamente do que ocorre no âmbito do mandado de segurança. Isso porque a “proibição de dilação probatória no mandado de segurança nasceu da interpretação dada pela jurisprudência e pela doutrina à expressão “*direito líquido e certo*” [...]”⁹⁷.

Neste diapasão, sendo apenas um direito cujo gozo se encontra obstado por ausência de regulamentação, o objeto do mandado de injunção admite dilação probatória, o que não significa que não deverá ser, juntamente com a impetração da inicial, instruído desde já com os documentos comprobatórios, nos termos do artigo 396 do Código de Processo Civil⁹⁸.

Após o prazo de resposta dos legitimados passivos, “o juiz ouvirá o representante do Ministério Público, que opinará, dentro do prazo improrrogável de 10 (dez) dias” (art. 12, *caput*, da Lei n. 12.016/2009)⁹⁹. Findo o referido prazo, os autos serão conclusos ao juiz, havendo ou não o parecer da autoridade.

A exemplo do que se sucede com o mandado de segurança, é cabível medida liminar no mandado de injunção, desde que haja “motivo relevante e do ato impugnado puder

⁹⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 381.

⁹⁶ SANTOS, Ulderico Pires dos. *Mandado de injunção: estudos e considerações*. São Paulo: Paumape, 1988, p. 80.

⁹⁷ SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 294-295.

⁹⁸ OLIVEIRA, Francisco Antônio de. *Mandado de injunção: da inconstitucionalidade por omissão, enfoques trabalhistas, jurisprudência*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004, p. 167.

⁹⁹ BRASIL. Lei n. 12.016, de 7 de agosto de 2009. Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12016.htm > Acesso em: 8 mai. 2011.

resultar a ineficácia da medida” (art. 7º, inciso III, da Lei n. 12.016/2009)¹⁰⁰. É claro que no âmbito do mandado de injunção, as possibilidades de concessão da medida são mais restritas – cabível se faz, basicamente, no âmbito das injunções proibitórias¹⁰¹.

Quanto à possibilidade de antecipação de tutela, é medida também cabível, cujos requisitos encontram-se dispostos no artigo 273 do Código de Processo Civil: existência de prova inequívoca e (i) fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação ou (ii) caracterização de abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

É importante observar que a antecipação de tutela não poderá ser concedida quando houver perigo de irreversibilidade do procedimento, nos termos do §2º do artigo 273, do CPC. Ademais, no caso de obrigação de fazer ou não fazer, é cabível a imposição de multa diária enquanto pendente o cumprimento da obrigação, que não afeta a possibilidade de indenização por perdas e danos, nos termos dos parágrafos 2º e 4º do artigo 461, do CPC.

No que se refere à possibilidade de condenação em honorários advocatícios, posiciona-se a Suprema Corte, em entendimento sumulado no Enunciado 512, que “não cabe condenação em honorários de advogado na ação de mandado de segurança”. À semelhança do que se aplica à ação de segurança, deve tal entendimento ser aplicado ao mandado de injunção, garantindo o acesso à justiça na defesa dos direitos mais importantes de uma coletividade.

Ademais, tendo em vista a finalidade mediata do instituto – defesa de direitos fundamentais -, deve o *writ* ter preferência na tramitação, em conformidade com o ocorrido com o mandado de segurança e o *habeas corpus*, não devendo interromper seu curso durante as férias forenses, sob risco de frustração dos objetivos constitucionais¹⁰².

Por último, no que diz respeito ao procedimento do mandado de injunção coletivo, deve o referido *writ* seguir as mesmas regras aplicáveis ao mandado de segurança coletivo.

¹⁰⁰ BRASIL. Lei n. 12.016, de 7 de agosto de 2009. Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12016.htm> Acesso em: 8 mai. 2011.

¹⁰¹ OLIVEIRA, Francisco Antônio de. *Mandado de injunção: da inconstitucionalidade por omissão, enfoques trabalhistas*, jurisprudência. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004, p. 180.

¹⁰² OLIVEIRA, Francisco Antônio de. *Mandado de injunção: da inconstitucionalidade por omissão, enfoques trabalhistas*, jurisprudência. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004, p. 171.

2 ASPECTOS CONTROVERTIDOS DO MANDADO DE INJUNÇÃO

No presente capítulo são abordados os aspectos controvertidos do mandado de injunção: as divergências sobre a sua finalidade, as diferenças entre ação injuncional e ação direta de inconstitucionalidade por omissão – equiparadas pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, e a relação do princípio da separação de poderes com as conformidades atribuídas ao mandado de injunção.

2.1 Correntes doutrinárias acerca da finalidade do instituto

O mandado de injunção, como instituto sem similares, tanto no direito pátrio quanto no direito estrangeiro, é remédio constitucional cuja falta de regulamentação proporciona grandes discordâncias sobre sua aplicação, tendo a divergência maior recaído sobre sua natureza jurídica e finalidade.

No tocante à finalidade do instituto, surgem, no campo doutrinário, diversas teorias tendentes a determiná-la: a) teoria da subsidiariedade ou não-concretista; b) teoria da independência jurisdicional ou concretista geral; c) teoria da resolutividade ou concretista individual; d) teoria intermediária¹⁰³.

De acordo com a primeira teoria, a finalidade do mandado de injunção seria a expedição de sentença declaratória, consistindo os efeitos da decisão injuncional na declaração de mora do poder competente e notificação de sua omissão – efeitos similares à ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

A teoria da independência jurisdicional, por outro lado, defende que a sentença em sede de mandado de injunção teria caráter constitutivo com efeitos gerais e abstratos – *erga omnes*, de forma que a sentença prolatada pelo juízo competente regularia situações além do caso concreto.

Neste diapasão, segundo a teoria da independência jurisdicional, efetiva seria a decisão injuncional no sentido de solução do caso concreto, por meio do provimento jurisdicional adequado à efetivação do direito pendente de regulamentação. O órgão jurisdicional

¹⁰³ MAZZEI, Rodrigo. Mandado de injunção coletivo: viabilidade frente aos (falsos) dogmas. *Revista de Direitos Difusos*, s. 1., v. 7, n. 36, p. 119-153, mar./abr. 2006, p. 126-129.

funcionaria, assim, como substituto do órgão omissor, atuando em função normativa, que lhe é atípica.

Ademais, a decisão seria *erga omnes*, no sentido de irradiar efeitos gerais e abstratos, permitindo a regulamentação não apenas do caso concreto, mas a aplicação da decisão a todos os casos similares, em consonância com o princípio da isonomia. Neste sentido, “a decisão judicial se estenderia abstratamente até mesmo para aqueles que não pediram a tutela jurisdicional, substituindo, assim, em todos os termos, o órgão responsável pela edição da norma faltante”¹⁰⁴.

Assim como enuncia a teoria da independência funcional, de acordo com a teoria da resolutividade o mandado de injunção representaria ação de efeitos constitutivos, cuja decisão teria por finalidade a edição da norma faltante. No entanto, esta teoria divergiria daquela no que tange à abrangência da decisão – pois, de acordo com a teoria da resolutividade, a sentença em sede de injunção serviria apenas para regular o caso concreto.

Nestes termos, esta teoria consiste na consideração do mandado de injunção como ação constitutiva com efeitos *inter partes*, que visa a resolver o caso concreto por meio de edição de norma específica - aplicável à lide em análise. Nessa linha de pensamento encontram-se muitos doutrinadores: “[...] no mandado de injunção, a sentença proferida só terá efeito para as partes que integrem a relação processual (*inter partes*).”¹⁰⁵.

Ademais, a doutrina ainda subdivide a segunda corrente no que diz respeito à satisfação do direito-objeto do *writ*. Alguns defendem que o órgão julgador do mandado de injunção deve se limitar a dizer a regulamentação pertinente à questão, enquanto outros defendem que não basta editar a norma regulamentar – deve o órgão julgador resolver a lide, satisfazendo o interesse do impetrante¹⁰⁶.

Já no que tange à teoria intermediária, trata-se da defesa de uma decisão injuncional consistente na fixação de um prazo para que o órgão omissor edite a regulamentação faltante, de modo a permitir o gozo do direito obstado ou, caso o órgão permaneça inerte,

¹⁰⁴ MAZZEI, Rodrigo. Mandado de injunção coletivo: viabilidade frente aos (falsos) dogmas. *Revista de Direitos Difusos*, s. l., v. 7, n. 36, p. 119-153, mar./abr. 2006, p. 127.

¹⁰⁵ MOREIRA, Eduardo Ribeiro. O novo aproveitamento do mandado de injunção. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 15, n. 60, p. 82-93, jul./set. 2007, p. 88.

¹⁰⁶ MAZZEI, Rodrigo. Mandado de injunção coletivo: viabilidade frente aos (falsos) dogmas. *Revista de Direitos Difusos*, s. l., v. 7, n. 36, p. 119-153, mar./abr. 2006, p. 127-129.

“autoriza ao prejudicado o exercício do direito invocado, com a liquidação, por meio da via jurisdicional ordinária, nos casos de pretensão condenatória”¹⁰⁷.

Trata-se, sem dúvida, de atribuição de efeitos mandamentais ao instituto. Nesse sentido, posiciona-se Fábio Quintas: “Ao contrário do que se pode pensar, garantir a mandamentalidade do mandado de injunção não ofende, em tese, o princípio da separação de poderes. Ao revés, essa medida pode ser veículo para prestigiá-lo [...]”¹⁰⁸.

Delineados os traços das teorias acerca da finalidade do mandado de injunção, insta observar que todas elas buscam a definição do escopo do *writ* com base em critérios hermenêuticos históricos e sistemáticos, os quais ainda não levaram os doutrinadores e julgadores a um consenso. Divergem, no entanto, na grandeza de seus efeitos.

O fato é que, nos tempos atuais, os critérios utilizados pela jurisprudência conservadora do Supremo Tribunal Federal não se mostram condizentes com uma doutrina preocupada com a efetividade constitucional. A viragem jurisprudencial operada em 2007 pela jurisprudência da Corte, neste sentido, mostra-se contemporânea a um período neoconstitucionalista de exigências de concretização dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, considerando as contraditórias decisões jurisprudenciais acerca do mandado de injunção, a histórica adoção da teoria não-concretista foi, sem dúvida, a mais criticada quanto aos efeitos concretos da decisão, tendo sido considerada causa da ineficácia do remédio constitucional.

Neste ponto, importante se faz diferenciar o mandado de injunção da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, tendo em vista que a equiparação jurisprudencial dos institutos foi considerada a principal causa de ineficácia do *writ*¹⁰⁹.

2.2 O mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão

¹⁰⁷ MAZZEI, Rodrigo. Mandado de injunção coletivo: viabilidade frente aos (falsos) dogmas. *Revista de Direitos Difusos*, s. l., v. 7, n. 36, p. 119-153, mar./abr. 2006, p. 130.

¹⁰⁸ QUINTAS, Fábio Lima. A efetividade do mandado de injunção: retrospecto e perspectivas. *Direito Público*, São Paulo, v. 5, n. 20, p. 83-102, mar./abr. 2008, p. 99.

¹⁰⁹ MOREIRA, Eduardo Ribeiro. O novo aproveitamento do mandado de injunção. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 15, n. 60, p. 82-93, jul./set. 2007, p. 92.

O mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão são institutos cuja aproximação, operada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, foi acusada de imprimir sérias deformidades ao *writ*, tendo em vista que, ao contrário do que muitos defendem, são institutos que divergem em aspectos que vão muito além da legitimidade ativa e da competência¹¹⁰.

Quanto ao aspecto da legitimidade ativa, tem-se, como já exposto em tópico anterior, que qualquer pessoa é legítima para impetrar mandado de injunção, desde que seja titular de direito inviabilizado por falta de norma regulamentadora – o que se depreende “pela própria localização do dispositivo relativo ao mandado de injunção”¹¹¹. E, no que tange à impetração de instrumento coletivo, possui como legitimados aqueles mesmos entes autorizados a impetrar mandado de segurança coletivo, conforme posição jurisprudencial¹¹².

Difere, portanto, nesse aspecto, da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, em que há previsão constitucional taxativa – artigo 103 - dos legitimados ativos para ajuizamento da referida ação.

No que se refere ao aspecto da competência, o mandado de injunção, além de poder ser julgado pelo Supremo Tribunal Federal, pode também ser julgado na justiça comum estadual e federal, bem como nas justiças especiais, obedecendo um critério *ratione materiae*¹¹³ e *ratione personae*. Trata-se, portanto, de instrumento de controle de constitucionalidade difuso, já que admite análise pelos mais diversos órgãos do Poder Judiciário, não se coadunando com um sistema de controle concentrado.

Nisso, difere da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, porquanto este instrumento de defesa da Constituição é de competência exclusiva da Suprema Corte – o mandado de injunção é previsto, na alínea ‘q’, inciso I, artigo 102, da Constituição Federal como

¹¹⁰ MOREIRA, Eduardo Ribeiro. O novo aproveitamento do mandado de injunção. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 15, n. 60, p. 82-93, jul./set. 2007, p. 88.

¹¹¹ PIOVESAN, Flávia C. *Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995, p. 126.

¹¹² Cf. MI 712-8/PA, Supremo Tribunal Federal, Rel. Ministro Eros Grau, julgado em 25 outubro de 2007. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/filedown/dev1/files/JUS2/STF/IT/MI_712_PA%20_25.10.2007.pdf>. Acesso em: 6 mai. 2010.

¹¹³ MOREIRA, Eduardo Ribeiro. O novo aproveitamento do mandado de injunção. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 15, n. 60, p. 82-93, jul./set. 2007, p. 88-89.

ação de competência originária do Supremo Tribunal Federal, e na alínea “a”, inciso II, do mesmo artigo, como de competência recursal do mesmo Tribunal.

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão é, em alguns casos, prevista na esfera estadual, em Constituições estaduais, como meio de controle dos dispositivos normativos contidos nestas Constituições, cujo Poder julgador geralmente se constitui num órgão especial do Tribunal de Justiça. Isso, no entanto, não desvirtua o caráter de jurisdição concentrada deste instituto – outro aspecto que o diferencia do mandado de injunção¹¹⁴.

Ainda analisando as diferenças entre o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, tem-se que, no que tange ao objeto de proteção, o primeiro se limita a proteger direitos e liberdades constitucionais e prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, enquanto a segunda protege qualquer direito constitucional de eficácia limitada não regulamentado¹¹⁵.

Ocorre que, na experiência jurisprudencial, como já exposto anteriormente, foi conferido uma maior amplitude ao mandado de injunção, assemelhando-se seu âmbito de proteção àquele já abrangido pela ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Nestes termos, para o Supremo Tribunal Federal, não haveria distinção entre o objeto de proteção de ambas as ações.

Ademais, ainda quanto ao objeto de proteção das respectivas ações, o mandado de injunção visa a proteger direitos subjetivos, enquanto a ação direta de inconstitucionalidade por omissão busca proteger direitos objetivos – qual seja, o texto constitucional¹¹⁶.

No que se refere à eficácia da decisão, a doutrina que se supõe mais coerente considera que a sentença proferida em sede de mandado de injunção só vincula as partes da relação processual – eficácia *inter partes*, enquanto a sentença proferida em sede de ação direta de inconstitucionalidade por omissão tem eficácia genérica, ou seja, vincula não só as partes,

¹¹⁴ MOREIRA, Eduardo Ribeiro. O novo aproveitamento do mandado de injunção. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 15, n. 60, p. 82-93, jul./set. 2007, p. 88-89.

¹¹⁵ MOREIRA, Eduardo Ribeiro. O novo aproveitamento do mandado de injunção. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 15, n. 60, p. 82-93, jul./set. 2007, p. 89.

¹¹⁶ SOUZA, Luciane Moessa de. Efeitos da decisão no mandado de injunção: cotejo com a ação civil pública e a ação popular. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 16, n. 65, p. 158-178, out./dez. 2008, p. 162.

mas todos os órgãos do Poder Judiciário, bem como a administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual, distrital e municipal.

Quanto à natureza jurídica, o mandado de injunção se constitui em remédio constitucional de proteção aos direitos fundamentais, e, em cláusula pétrea, enquanto a ação direta de inconstitucionalidade por omissão “é instrumento de controle de constitucionalidade”¹¹⁷¹¹⁸.

Já em relação à finalidade dos institutos, enquanto a ação direta de inconstitucionalidade por omissão visa a notificar o órgão competente de sua omissão para que proceda às medidas necessárias, há uma grande divergência doutrinária acerca da finalidade do mandado de injunção, conforme correntes doutrinárias acerca do tema.

Como já exposto em tópico anterior, alguns doutrinadores acreditam ser finalidade do instituto a obtenção da declaração de mora legislativa¹¹⁹; outros, que é dever do Judiciário a fixação de prazo, ao órgão omissor, para cumprimento da regulamentação; outros acreditam não ser finalidade do *writ* requerer do órgão omissor regulamentação da norma, sendo, no caso, papel do Judiciário a adoção de medidas satisfativas à concretização do direito¹²⁰. E há, ainda, aqueles que defendem ser finalidade do *writ* a busca de regulamentação pelo poder competente, aplicável a todos os casos similares¹²¹.

Por último, quanto ao conteúdo da decisão, tem-se que, no caso da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, a sentença será declaratória e, em se tratando de órgão administrativo, mandamental, pois impõe a Constituição Federal que, neste caso, se fixará prazo para adoção das medidas necessárias; já no caso do mandado de injunção, a decisão será constitutiva, para uns, declaratória para outros e, há, ainda, quem a considere mandamental, ou até mista.

¹¹⁷ MOREIRA, Eduardo Ribeiro. O novo aproveitamento do mandado de injunção. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 15, n. 60, p. 88, jul./set. 2007, p. 89.

¹¹⁸ Ressalve-se que, diferente da classificação de Eduardo Ribeiro Moreira, no presente trabalho, as expressões “natureza jurídica”, “finalidade” e “efeitos jurídicos” são usadas como sinônimas, para identificar decisões declaratórias, mandamentais e constitutivas.

¹¹⁹ Neste sentido: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 275-277.

¹²⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 450.

¹²¹ Neste sentido: OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. A natureza do mandado de injunção. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 56, a. 14, p. 86-90, out./dez. 1989.

São, em resumo, ações bem diferentes, cujas semelhanças se resumem basicamente ao combate de omissões legislativas. O mandado de injunção, dentre os remédios constitucionais previstos no artigo 5º da Constituição Federal, é o único que não possui lei própria. Já a ação direta de inconstitucionalidade por omissão teve suas peculiaridades completamente ignoradas pela regulamentação genérica conferida pela Lei n. 9.868/99, na qual não se diferenciou a inconstitucionalidade por ação da inconstitucionalidade por omissão¹²² - equívoco que se tentou corrigir pela edição da Lei n. 12.063/2009, que aditou àquela lei uma regulamentação específica à ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Dessa forma, no âmbito da interpretação sistemática da Constituição, a equiparação dos efeitos do mandado de injunção à ação direta de inconstitucionalidade por omissão foi solução jurisprudencial que desacreditou o instituto, quanto às suas potencialidades, perante os doutrinadores neoconstitucionalistas.

Isso porque, segundo esses doutrinadores, a atribuição de efeitos declaratórios à sentença injuncional trouxe inocuidade à decisão injuncional, uma vez que a ação direta de inconstitucionalidade por omissão já possui finalidade declaratória. Neste sentido, a posição jurisprudencial – rechaçada pela doutrina neoconstitucionalista –, mostrar-se-ia inconsistente com a máxima de que “não existem palavras inúteis” na Constituição, pois

Faltaria qualquer razoabilidade ao constituinte se criasse dois institutos idênticos com idêntica finalidade. A duplicidade de instrumentos jurídicos afastaria a logicidade e coerência do sistema constitucional, mesmo porque não haveria sentido em centrar a legitimidade ativa no caso de ação direta de inconstitucionalidade por omissão [...] e, ao mesmo tempo, admitir a ampla legitimidade do mandado de injunção, que pode ser impetrado por qualquer pessoa, se ambos instrumentos apresentassem idênticos efeitos¹²³.

Ademais, segundo os mesmos doutrinadores, a força normativa da Constituição exigiria a aplicação do princípio da máxima efetividade, segundo o qual “a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê, e que traz como corolário

¹²² MOREIRA, Eduardo Ribeiro. O novo aproveitamento do mandado de injunção. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 15, n. 60, p. 92, jul./set. 2007, p. 92.

¹²³ PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1996, p. 133.

esta outra proposição: ‘no caso de dúvidas, deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais’¹²⁴.

Nesse sentido, equiparar as duas ações – mandado de injunção e ação direta de inconstitucionalidade por omissão – seria imprimir deformidades àquele instituto, incompatível com o texto constitucional e com a atual conjuntura neoconstitucionalista.

2.3 Efeitos do mandado de injunção e o princípio da separação de poderes

No presente tópico, apresenta-se um histórico do princípio da separação de poderes, delinea-se o papel do Poder Judiciário na efetivação dos direitos constitucionais nos dias atuais, e, por fim, faz-se a correlação entre a atuação concretista do Poder Judiciário no âmbito do mandado de injunção e o princípio da separação de poderes.

2.3.1 Histórico sobre o princípio da separação de poderes

O princípio da separação de poderes, adotado pela República Federativa do Brasil, é delineado no artigo 2º da Constituição Federal de 1988: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”¹²⁵. Constitui-se, ademais, em cláusula pétrea, conforme determinação contida no inciso III, §4º, do artigo 60, da Constituição Federal: “Não será objeto de deliberação a proposta tendente a abolir: a separação dos Poderes”¹²⁶.

A doutrina da separação dos poderes, como forma de limitação da força política de seus respectivos titulares, possui origens remotas na Grécia Antiga, quando da formulação da teoria do governo misto, por Aristóteles. Neste sentido, preleciona Nuno Piçarra:

Encontra-se no modelo aristotélico de constituição mista apenas uma ideia que virá a andar associada à doutrina da separação dos poderes, numa fase já adiantada da sua evolução: a do equilíbrio ou balanceamento das classes sociais através da sua

¹²⁴ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. A natureza do mandado de injunção. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 56, a. 14, p. 86-90, out./dez. 1989, p. 88.

¹²⁵ BRASIL. Constituição (1988). Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em: 8mai.2011.

¹²⁶ BRASIL. Constituição (1988). Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em: 8mai.2011.

participação no exercício do poder político, viável mediante o seu acesso à orgânica constitucional¹²⁷.

Quando da formulação da teoria do governo misto por Políbio, a finalidade da separação de poderes continua a mesma – a limitação dos poderes pelo equilíbrio político entre as classes sociais; no entanto, difere da versão aristotélica porquanto inclui na teoria do governo misto a correspondência de um poder a cada classe, permitindo que “cada órgão constitucional funcione perante os outros como um limite e simultaneamente como um contrapeso”¹²⁸.

Já as origens próximas da doutrina da separação dos poderes remontam ao século XVII, quando, na Inglaterra, em meio ao liberalismo, sentiu-se a necessidade de separação orgânica entre as funções executiva e legislativa, para assegurar-se as liberdades individuais.

Dentro do poder executivo incluía-se o poder judicante, tendo em vista a indistinção que se operava entre as atividades destes dois poderes na Idade Média. No sentido de que o poder judicante se confundia com o executivo, dispõe Georg Jellinek:

En el Imperio, jamás e llega a una distinción fundamental entre justicia y administración. El consejo supremo del império, es tanto autoridad judicial cuanto administrativa en el sentido actual. Por el contrario, a partir del siglo XVI, mediante la centralización cada vez más fuerte del poder del príncipe, y con la mayor intensidad que adquieren al próprio tiempo las actividades administrativas de los tribunales ya existentes¹²⁹.

A separação de poderes, como garantia das liberdades individuais, torna-se pressuposto de vigência da *rule of law* (ou, princípio da legalidade), pois, “se as mesmas pessoas que fazem as leis podem aplicar, não está garantido este princípio”¹³⁰. Com essa preocupação de limitação do poder político, opera-se o fenômeno da jurisfação, com “a ‘domesticação do domínio público’ pelo direito”¹³¹, ou seja, com a submissão do poder político à lei. Dessa forma,

¹²⁷ PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 36.

¹²⁸ PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 40.

¹²⁹ JELLINEK, Georg. *Teoría general del Estado*. Segunda edición alemana. Traducción de Fernando de los Ríos Urruti. Granada: Comares, 2000, p. 591-592.

¹³⁰ PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 52.

¹³¹ CANOTILHO, J. J. GOMES. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 93.

o direito, de produto do poder político, passa a ser condição limitante do exercício deste mesmo poder¹³².

Se a primeira fase da doutrina da separação dos poderes teve um aspecto legalista, em que se enfatizou a supremacia da lei, a segunda fase teve por finalidade a limitação do poder do soberano (entendido aqui como o chefe de um Estado monárquico) pela “supremacia política do poder legislativo”¹³³.

Em 1660, com a restauração monárquica, a doutrina da separação de poderes associa-se com a teoria do governo misto. Dessa reunião, nasce a doutrina da *balanced constitution*. Isso porque a doutrina da separação dos poderes, cuja finalidade era garantir ou a supremacia da lei, ou a supremacia do legislativo, passa a visar à eficiência do Estado, ao interesse comum, à possibilidade de responsabilização dos membros do executivo e o **controle recíproco do poder por aqueles que o detinham**¹³⁴.

A partir dessa preocupação com a limitação recíproca dos poderes políticos, a doutrina da separação dos poderes funde-se, definitivamente, com a teoria do governo misto, evoluindo à idéia de *check and balances*: nasce a famosa e atual doutrina da separação de poderes, fruto de uma construção das revoluções americana e francesa do final do século XVIII, e frequentemente atribuída a Montesquieu¹³⁵.

Os estudos de Montesquieu, ressalte-se, não tiveram por escopo a formulação de uma teoria da separação de poderes, mas uma análise, no Livro XI, do sistema político inglês do século XVIII. A doutrina da separação de poderes hoje conhecida adveio de uma necessidade moderna de contenção do governo despótico, cujo efeito colateral se consubstancia no reconhecimento de direitos oponíveis ao Estado¹³⁶.

¹³² FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. *Neoconstitucionalismo e as possibilidades e os limites do ativismo judicial no Brasil contemporâneo*. 2010. 313 p. Dissertação. (Mestrado em Direito Público). Faculdade de Direito, Prof. Jacy de Assis, Uberlândia, p. 28-29.

¹³³ PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 58.

¹³⁴ PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 60-62.

¹³⁵ CIARLINI, Álvaro Luís de Araújo. Inquietude *versus* passivismo: os novos desafios dos juristas diante da expansão do poder judicial. *Direito público*, v. 8, n. 36, p. 88-105, nov./dez. 2010, p. 91-93.

¹³⁶ CIARLINI, Álvaro Luís de Araújo. Inquietude *versus* passivismo: os novos desafios dos juristas diante da expansão do poder judicial. *Direito público*, n. 36, p. 88-105, nov./dez. 2010, p. 92.

Montesquieu parte de uma análise histórica dos sistemas jurídicos das mais variadas sociedades existentes àquela época, e acaba por encontrar um “modelo ideal” de governo – o sistema político inglês. Seus estudos tinham por escopo entender o sistema, e não formular uma teoria de separação de poderes. Neste sentido, expõe Althusser que

His only wish was to *understand*. We have several images of him which betray this effort and his pride in it. He only delved into the infinite mass of documents and texts, the immense heritage of histories, chronicles miscellanies and compilations, in order to grasp their logic and disengage their grounds¹³⁷.

Dessa forma, a doutrina da separação de poderes não passaria de um mito criado a partir de formulações isoladas de Montesquieu¹³⁸, na tentativa de desenvolvimento de um modelo de governo ajustado às necessidades atuais - “when we celebrate its greatness, we cannot but let Montesquieu be already fixed in the necessity of our culture”¹³⁹.

Há entre aqueles que defendem a existência de uma teoria da separação de poderes idealizada por Montesquieu, quem acredite ter este filósofo criado um modelo em que haveria uma divisão tripartite de poderes rigorosamente garantida: ao rei e seus ministros corresponderia o Poder Executivo, o Poder Legislativo seria dividido entre os nobres - Câmara Alta, e o povo – Câmara Baixa, e o Poder Judiciário seria exercido por um corpo de magistrados¹⁴⁰.

O fato é que, diferente do que é defendido, nada havia de estrita separação de poderes na obra de Montesquieu: haveria uma interferência dos poderes nas funções uns dos outros, denotando uma maior preocupação deste filósofo com a fusão dos poderes do que propriamente com a sua separação¹⁴¹.

Ao rei caberia uma participação, no Poder Legislativo, com viés negativo – o veto, o qual consistiria em uma forma de controle, para manutenção de seu Poder Executivo¹⁴².

¹³⁷ ALTHUSSER, Louis. *Politics and history: Montesquieu, Rousseau, Hegel and Marx*. Tradução de: Ben Brewster. London: NLB, 1977, p. 13.

¹³⁸ ALTHUSSER, Louis. *Politics and history: Montesquieu, Rousseau, Hegel and Marx*. Tradução de: Ben Brewster. London: NLB, 1977, p. 88.

¹³⁹ ALTHUSSER, Louis. *Politics and history: Montesquieu, Rousseau, Hegel and Marx*. Tradução de: Ben Brewster. London: NLB, 1977, p. 14.

¹⁴⁰ ALTHUSSER, Louis. *Politics and history: Montesquieu, Rousseau, Hegel and Marx*. Tradução de: Ben Brewster. London: NLB, 1977, p. 88.

¹⁴¹ ALTHUSSER, Louis. *Politics and history: Montesquieu, Rousseau, Hegel and Marx*. Tradução de: Ben Brewster. London: NLB, 1977, p. 90.

¹⁴² PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 112.

Ao Poder Legislativo caberia inspecionar o poder executivo na aplicação das leis, e proceder à tomada de conta dos ministros. E, ao poder legislativo caberia funcionar como um tribunal em 3 (três) ocasiões: a) os nobres seriam julgados pelos seus pares na Câmara Alta em quaisquer questões; b) em assuntos de anistia; c) em julgamentos políticos, levados perante a Câmara Alta e sujeitos ao *impeachment* da Câmara Baixa¹⁴³.

Essa interferência de um poder sobre o outro denotava uma garantia de viés não mais legal, e sim político. E, nesse sentido, no sistema de controle recíproco, o Poder Judiciário restaria excluído como poder¹⁴⁴: Qualquer efeito político que o Poder Judiciário viesse a ter transferia-se aos órgãos de caráter mais político, garantido que fosse um poder verdadeiramente nulo¹⁴⁵.

Haveria, assim, 2 (dois) poderes (*pouvoirs*) – executivo e legislativo, mas 3 (três) potências (*puissances*) – rei, Câmara Alta (representada pela nobreza) e Câmara Baixa (representada pelo povo)¹⁴⁶. Ao judiciário não corresponderia nenhuma das classes sociais - “deve ficar à margem do equilíbrio entre os estamentos ou não deve ficar ligado a nenhum deles”¹⁴⁷. Em sua visão, o Poder Judiciário era ‘nulo’:

O poder de julgar não deve ser outorgado a um senado permanente, mas exercido por pessoas extraídas do corpo do povo. [...] o poder de julgar, tão terrível entre os homens, não estando ligado nem a uma certa situação, nem a uma certa profissão, torna-se, por assim dizer, invisível e nulo. [...] Dos três poderes dos quais falamos, o de julgar é, de algum modo, nulo. Restam apenas dois e, como esses poderes têm necessidade de um poder regulador para moderá-los, a parte do corpo legislativo que é composta de nobres é bastante capaz de produzir esse efeito¹⁴⁸.

Desse modo, o Poder Judiciário nem mesmo poderia ser considerado um poder, “porque não pode ser separado do poder legislativo, eis que está submetido à *la lettre de la loi*.

¹⁴³ ALTHUSSER, Louis. *Politics and history*: Montesquieu, Rousseau, Hegel and Marx. Tradução de: Ben Brewster. London: NLB, 1977, p. 89.

¹⁴⁴ PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 110.

¹⁴⁵ ALTHUSSER, Louis. *Politics and history*: Montesquieu, Rousseau, Hegel and Marx. Tradução de: Ben Brewster. London: NLB, 1977, p. 90.

¹⁴⁶ ALTHUSSER, Louis. *Politics and history*: Montesquieu, Rousseau, Hegel and Marx. Tradução de: Ben Brewster. London: NLB, 1977, p. 90.

¹⁴⁷ PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 110.

¹⁴⁸ MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O Espírito das leis*. Tradução de: Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. 2. ed. revista. Brasília: UnB, 1995, p. XXVII.

Assim, não separar é subordinar o judiciário ao legislativo”¹⁴⁹. O juiz seria, portanto, um mero aplicador da lei: “[...] being clear that the judicial power is not a power in the true sense of word. This power is ‘in some measure, next to nothing’, says Montesquieu. And in fact, for him the judge is only a sight and a voice. It is a man whose only function is to read and speak the law”¹⁵⁰¹⁵¹.

Dos estudos desenvolvidos por Montesquieu, que perpassam pela análise dos governos republicano, monárquico e despótico, a apresentação do modelo inglês como ideal desnuda uma tentativa do filósofo em garantir as liberdades individuais de uma decadente nobreza a partir da noção de governo moderado – “Montesquieu himself merely wanted to re-establish a threatened nobility in its outdated rights”¹⁵².

Em sua visão, a moderação não seria uma questão jurídica nem mesmo uma questão relacionada à estrita separação de poderes¹⁵³. Seria, em primeiro lugar, uma questão **política** de separação de forças. Em segundo lugar, seria uma questão de interferência, e não de independência entre poderes, na busca do equilíbrio entre os diversos substratos de uma sociedade.

2.3.2 O papel do Poder Judiciário nos dias atuais

Na obra de Montesquieu o Poder Judiciário era considerado, como já exposto, invisível e nulo, cabendo aos seus membros um simples exercício de subsunção: os juízes seriam apenas “a boca que pronuncia as palavras da lei”¹⁵⁴. Tal posicionamento denota, numa época em que vigorava o primado da lei – ou mesmo do Poder Legislativo, uma desconfiança em relação ao Poder Judiciário.

¹⁴⁹ MENDES, Sérgio da Silva. Hermenêutica da criação... e dos esquecimentos: o *Holzwege* do Mandado de Injunção. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 103, n. 390, p. 177-212, mar./abr. 2007, p. 196.

¹⁵⁰ ALTHUSSER, Louis. *Politics and history: Montesquieu, Rousseau, Hegel and Marx*. Tradução de: Ben Brewster. London: NLB, 1977, p. 90.

¹⁵¹ Traduzindo: “[...] ficando claro que o poder judicial não é um poder no verdadeiro sentido da palavra. Este poder é ‘em alguma medida, perto de nada’, diz Montesquieu. E de fato, para ele o juiz é apenas a visão e a voz. É um homem cuja única função é ler e dizer a lei”.

¹⁵² ALTHUSSER, Louis. *Politics and history: Montesquieu, Rousseau, Hegel and Marx*. Tradução de: Ben Brewster. London: NLB, 1977, p. 106.

¹⁵³ ALTHUSSER, Louis. *Politics and history: Montesquieu, Rousseau, Hegel and Marx*. Tradução de: Ben Brewster. London: NLB, 1977, p. 91.

¹⁵⁴ MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O Espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presidencialismo versus parlamentarismo*. Tradução e notas de: Pedro Vieira Mota. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 178.

Em tempos modernos, o Estado liberal evoluiu ao Estado social. O Estado social evoluiu ao Estado democrático de direito e, em vistas de coibir as práticas abusivas reinantes no período absolutista, o Estado previu não apenas limites internos – que podem ser exemplificados pelo desenvolvimento das teorias sobre a separação de poderes –, mas outras formas de limitação do poder do Estado: (i) limites externos, representados pela previsão de direitos fundamentais e (ii) atribuição do poder estatal ao povo, retirando sua titularidade do monarca¹⁵⁵.

O dualismo político-estamental do sistema político inglês do século XVIII, na atualidade, transforma-se em um tríade técnico-institucional¹⁵⁶, ou seja, se os poderes estavam associados a um exercício de força política pelas classes, transformam-se em forças institucionais relacionados a uma especialização funcional, com a inclusão do Poder Judiciário como instrumento de controle recíproco.

Na concepção dos Estados Unidos da América de separação dos poderes, o Poder Judiciário passou a integrar o processo de controle recíproco dos poderes políticos, sendo-lhe atribuído o *status* de poder de revisão judicial (*judicial review*), a cujos membros caberia a posição de legisladores negativos, ou seja, de intérpretes da lei, o que, consequentemente, permite-lhes e impõe-lhes o controle de constitucionalidade das leis¹⁵⁷. Neste sentido, o Poder Judiciário se torna um verdadeiro guardião da Constituição e, portanto, da vontade do povo.

Essa promoção do Poder Judiciário a poder efetivo (abandonando seu posto de simples função), permite que em tempos de consolidação democrática, os juízes assumam um papel de protagonistas na ordem jurídica – indispensável à pacificação social. Isso porque, por meio da atividade hermenêutica, os juízes aproximam os casos concretos às previsões legais gerais e abstratas e, consequentemente, dão solução às lides.

A redução da distância entre a generalidade da norma e a especificidade do caso concreto constitui-se, segundo Gadamer, em problema hermenêutico fundamental, pois a

¹⁵⁵ BOBBIO, Norberto. *Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant*. Tradução de: Alfredo Fait. Brasília: UnB, 1995, p. 15-17.

¹⁵⁶ PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 83.

¹⁵⁷ PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 110.

compreensão do texto normativo, como parte do processo hermenêutico, estaria suscetível de modificações a cada aplicação da norma ao caso concreto. Neste sentido,

Tanto para a hermenêutica jurídica como para a teológica, é constitutiva a tensão que existe entre o texto proposto – da lei ou da revelação – por um lado, e o sentido que alcança sua aplicação ao instante concreto da interpretação, no juízo ou na prédica, por outro. Uma lei não quer ser entendida historicamente. A interpretação deve concretizá-la em sua validade jurídica [...]. Em ambos os casos isso implica que o texto, lei ou mensagem de salvação, se se quiser compreendê-lo adequadamente, isto é, de acordo com as pretensões que o mesmo apresenta, tem de ser compreendido em cada instante, isto é, em cada situação concreta de uma maneira nova e distinta. Aqui, compreender é sempre também aplicar.¹⁵⁸

O papel interpretativo do julgador, como processo complexo, denota “o caráter *necessário* da atividade interpretativa, a desacreditar, também, o velho brocardo *interpretatio cessat in claris*, um *topos* que, ingenuamente utilizado, além de conduzir a um círculo vicioso, pressupõe a existência de leis cuja redação, se bem cuidada, impediria dúvidas, obscuridades ou contradições, tornando *dispensável* o labor interpretativo”¹⁵⁹.

Nesse sentido, defende-se a inexistência de normas tão claras a ponto de dispensar o papel interpretativo do julgador: o que existem são casos simples, em que os juízes se utilizam, basicamente, do método de interpretação gramatical, e casos difíceis, em que os juízes necessitam da utilização de métodos mais complexos.

Os casos difíceis, segundo Luís Roberto Barroso, seriam evidenciados pela linguagem aberta dos textos constitucionais, pelos casos de colisão concreta de direitos fundamentais e pelos dissensos morais razoáveis¹⁶⁰. Nesses casos, evidenciar-se-ia, ainda mais, o papel do Poder Judiciário na resolução de conflitos, pela necessidade de integração da norma –

¹⁵⁸ GADAMER, Hans-Georg, *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução de: Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Ed. Vozes, 1998, p. 461.

¹⁵⁹ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 98.

¹⁶⁰ BARROSO, Luís Roberto. Os riscos da hegemonia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. In: CONFERÊNCIA DE ENCERRAMENTO DO IX SIMPÓSIO NACIONAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL, mai. 2010, Curitiba (PR). Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/textos/riscos_hegemonia_judicial.html> Acesso em: 24 abr. 2011.

“o juiz se torna co-participante no processo de criação do direito”¹⁶¹, tendo em vista a ausência de “solução pré-pronta no ordenamento jurídico”¹⁶².

Dessa forma, ante a necessidade desse papel hermenêutico, o caráter aberto das normas jurídicas, repudiado no período liberal, adquire, segundo a doutrina de Konrad Hesse, uma destacada função no Estado Constitucional: atua na renovação da ordem jurídica, pela utilização ‘livre’ dos métodos hermenêuticos, sem os inconvenientes das alterações legislativas, e, assim, permite, pela flexibilidade do texto constitucional, a manutenção de seu conteúdo ao longo do tempo – a chamada ‘mutação constitucional’¹⁶³.

Nos casos de conflito concreto entre os direitos fundamentais, a ‘liberdade’ do julgador no seu papel interpretativo permite a ponderação dos princípios em jogo, com base principalmente nos critérios de proporcionalidade e razoabilidade. Ponderação que, no caso concreto, importa na mitigação de um princípio, e na prevalência de outro; mas, que, na esfera abstrata, permite a co-existência de ambos os princípios no ordenamento jurídico¹⁶⁴. Neste sentido, a liberdade do julgador funcionaria como critério de aplicação da justiça e de harmonização de princípios no ordenamento jurídico.

O dissenso moral razoável, evidente principalmente nas sociedades pluralistas, consiste no desacordo existente, entre as pessoas, sobre um mesmo assunto, em que não se tem uma opção clara - ambos as posições são racionalmente e moralmente defensáveis. Decidido judicialmente, será inevitavelmente afetado pelas pré-compreensões do juiz. É questão que, relacionada ao atual fenômeno mundial de judicialização, não prescinde da “liberdade” do julgador na prestação de uma tutela verdadeiramente efetiva, tendo em vista o caráter eminentemente político dessas decisões.

¹⁶¹ BARROSO, Luís Roberto. Os riscos da hegemonia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. In: CONFERÊNCIA DE ENCERRAMENTO DO IX SIMPÓSIO NACIONAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL, mai. 2010, Curitiba (PR). Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/textos/riscos_hegemonia_judicial.html> Acesso em: 24 abr. 2011.

¹⁶² BARROSO, Luís Roberto. Os riscos da hegemonia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. In: CONFERÊNCIA DE ENCERRAMENTO DO IX SIMPÓSIO NACIONAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL, mai. 2010, Curitiba (PR). Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/textos/riscos_hegemonia_judicial.html> Acesso em: 24 abr. 2011.

¹⁶³ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1050.

¹⁶⁴ Robert Alexy *Apud* BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 57-58.

A judicialização, conforme ensina Luís Roberto Barroso, consiste em “uma transferência de poder das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo, para o Poder Judiciário, que passa a dar a última palavra e ter a posição de algum grau de protagonismo na definição da solução de questões de largo alcance político, econômico, social ou moral”¹⁶⁵.

É fenômeno permitido no âmbito do “Estado Democrático de Direito, [em que] há – ou deveria haver – um sensível deslocamento do centro de decisões do Legislativo e do Executivo para o Judiciário”¹⁶⁶. Destaca-se no Brasil em face da redemocratização do País, com a conferência de prerrogativas aos membros do Poder Judiciário, garantindo-lhe a independência; da característica analítica da Constituição Federal de 1988; e do modelo de controle de constitucionalidade adotado pelo País¹⁶⁷.

Como expõe Barroso, “constitucionalizar é permitir a judicialização”¹⁶⁸, de forma que a opção do Constituinte pela disciplina extensa da Constituição – de assuntos políticos, morais, sociais e econômicos – subordina tais matérias a um controle judicial, já que “constitucionalizar uma matéria significa transformar Política em Direito”¹⁶⁹.

E, neste diapasão, o controle judicial se amplia não apenas pela diversidade de matérias a se analisar, mas pela adoção, pelo ordenamento jurídico brasileiro, de um sistema de controle de constitucionalidade não apenas concentrado, mas também difuso – segundo o qual qualquer juiz ou tribunal se torna capaz de analisar a constitucionalidade de uma lei.

Não obstante as já mencionadas características da Constituição Federal de 1988 – constitucionalização e amplitude do controle de constitucionalidade extensas – possibilitarem a expansão do controle judicial, tem-se ainda que a autonomia do Poder Judiciário, em um Estado

¹⁶⁵ BARROSO, Luís Roberto. Os riscos da hegemonia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. In: CONFERÊNCIA DE ENCERRAMENTO DO IX SIMPÓSIO NACIONAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL, mai. 2010, Curitiba (PR). Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/textos/riscos_hegemonia_judicial.html> Acesso em: 24 abr. 2011.

¹⁶⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*: uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2000, p. 44.

¹⁶⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>> Acesso em: 24 abr. 2011.

¹⁶⁸ BARROSO, Luís Roberto. Os riscos da hegemonia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. In: CONFERÊNCIA DE ENCERRAMENTO DO IX SIMPÓSIO NACIONAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL, mai. 2010, Curitiba (PR). Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/textos/riscos_hegemonia_judicial.html> Acesso em: 24 abr. 2011.

¹⁶⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>> Acesso em: 24 abr. 2011.

democrático de direito, permite uma atuação destemida dos julgadores, e proporciona um maior acesso da população à prestação jurisdicional¹⁷⁰.

Ademais, a judicialização não se caracteriza apenas pelos aspectos expostos: some-se ao aumento da demanda jurisdicional (aspecto quantitativo), e à diversidade de questões submetidas ao controle jurisdicional (aspecto qualitativo), a recorrência a fundamentos extrajurídicos na fundamentação das decisões emanadas (aspecto também qualitativo)¹⁷¹.

No que tange à judicialização política, tem-se que, no Estado liberal, com o surgimento dos direitos fundamentais de cunho negativo, o centro de poder se constituía no Poder Legislativo; no Estado Social, com a necessidade de implementação dos direitos sociais, o centro político era o Executivo; já no Estado Democrático de Direito, “inércias do Executivo e a falta de atuação do Legislativo passam a poder ser supridas pelo Judiciário, justamente mediante a utilização dos mecanismos jurídicos previstos na Constituição que estabeleceu o Estado Democrático de Direito”¹⁷².

É neste contexto histórico de democracia e judicialização que a ‘criatividade’ do aplicador da lei se mostra essencial à atividade judicial, tendo em vista a demora do Poder Legislativo em acompanhar as mudanças sociais:

No campo da experiência judicial — em que a criatividade do intérprete encontra soluções mais rápidas para os conflitos de interesses do que as sempre demoradas respostas do legislador —, nesse terreno as exigências sociais são imediatamente absorvidas e racionalizadas pelo aplicador do direito, sob a forma de *mutações normativas ou novas leituras* dos mesmos enunciados normativos, leituras tão inovadoras que chegam a criar modelos jurídicos inteiramente novos [...] ¹⁷³.

Permite-se, assim, aflorar, nos âmbitos político, social, econômico e moral, uma “participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins

¹⁷⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>> Acesso em: 24 abr. 2011.

¹⁷¹ FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. *Neoconstitucionalismo e as possibilidades e os limites do ativismo judicial no Brasil contemporâneo*. 2010. 313 p. Dissertação. (Mestrado em Direito Público). Faculdade de Direito, Prof. Jacy de Assis, Uberlândia, p. 84-85.

¹⁷² STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2000, p. 44.

¹⁷³ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1050.

constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes”¹⁷⁴ – o denominado ‘ativismo judicial’.

Nesse sentido, o Poder Judiciário manifestar-se-ia ativamente quando: a) promovesse a solução das questões não previstas abstratamente na legislação por meio da aplicação de princípios da Carta Magna; b) enveredasse pela declaração de inconstitucionalidade de normas que não se mostram em manifesta afronta ao texto constitucional; c) interferisse, especialmente no Poder Executivo, impondo atuações ou abstenções em matéria de políticas públicas¹⁷⁵.

Nesse âmbito, o ativismo judicial, num Estado Democrático de Direito, poderia ser caracterizado como conduta que, associada a um contexto de ‘judicialização’, visa à solução, por critérios hermenêuticos pró-ativos e expansivos¹⁷⁶, dos problemas políticos, sociais, econômicos e morais apresentados ao Poder Judiciário, tendo por fim último a efetivação das normas constitucionais.

Nestes termos, limitando-se ao primeiro tipo de conduta ativista (solução de problemas jurídicos por meio de princípios constitucionais ante à ausência de regulamentação infraconstitucional), a atuação judicial não seria conduta que fere a democracia – antes justificasse pela necessidade de garantia dos direitos fundamentais. Não obstante, o ativismo judicial é fenômeno visualizado por doutrinadores como Elival Ramos (em quaisquer de suas condutas) como uma extrapolação, pelo Poder Judiciário, da competência constitucionalmente atribuída¹⁷⁷.

Conquanto seja fenômeno que se caracterize, positivamente, pelo atendimento das demandas sociais, expõe uma crise de representatividade e de credibilidade do Poder Legislativo¹⁷⁸. E, neste ponto, críticas são lançadas à expansão do Poder Judiciário – tanto no que diz respeito ao ativismo judicial quanto ao fenômeno da judicialização: a) haveria riscos à

¹⁷⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>> Acesso em: 24 abr. 2011.

¹⁷⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>> Acesso em: 24 abr. 2011.

¹⁷⁶ BARROSO, Luís Roberto. Os riscos da hegemonia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. In: CONFERÊNCIA DE ENCERRAMENTO DO IX SIMPÓSIO NACIONAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL, mai. 2010, Curitiba (PR). Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/textos/riscos_hegemonia_judicial.html> Acesso em: 24 abr. 2011.

¹⁷⁷ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 129.

¹⁷⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>> Acesso em: 24 abr. 2011.

legitimidade democrática, tendo em vista que os membros do Poder Judiciário não são eleitos, mas, recrutados, como regra geral, por um critério técnico (crítica político-ideológica); b) haveria a politização da justiça; c) apesar da possibilidade ampla de atuação do Poder Judiciário, nem sempre o referido poder possuiria capacidade institucional para agir¹⁷⁹.

No que tange à primeira crítica, haveria a denominada “dificuldade contramajoritária”¹⁸⁰, segundo a qual, por vezes, o magistrado sobreporia suas vontades sobre aquela dos membros do Executivo e do Legislativo, que são eleitos pelo povo.

Segundo essa crítica, o Poder Judiciário não seria democraticamente legítimo para uma atuação “criativa”, à medida que não se constituiria de membros eleitos pelo povo, e à medida que as decisões judiciais não estariam submetidas um controle democrático¹⁸¹. Neste sentido, posiciona-se Dworkin: “Os juízes não são, em regra eleitos e, em uma democracia, segundo se alega, só os representantes eleitos do povo deveriam ter poderes de criação do direito”¹⁸².

Assim, de acordo com essa posição, somente os representantes do povo teriam legitimidade para a atividade de criação do direito. Essa crítica pode ser superada por uma análise constitucional – o Poder Judiciário age, por competência atribuída pela Carta Magna, em defesa dos direitos fundamentais (principalmente das minorias) e no resguardo das ‘regras do jogo democrático’. E, desde que sua interferência nos outros Poderes limite-se a essa atuação, age dentro do seu âmbito de legitimidade democrática¹⁸³.

¹⁷⁹ BARROSO, Luís Roberto. Os riscos da hegemonia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. In: CONFERÊNCIA DE ENCERRAMENTO DO IX SIMPÓSIO NACIONAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL, mai. 2010, Curitiba (PR). Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/textos/riscos_hegemonia_judicial.html> Acesso em: 24 abr. 2011.

¹⁸⁰ BARROSO, Luís Roberto. Os riscos da hegemonia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. In: CONFERÊNCIA DE ENCERRAMENTO DO IX SIMPÓSIO NACIONAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL, mai. 2010, Curitiba (PR). Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/textos/riscos_hegemonia_judicial.html> Acesso em: 24 abr. 2011.

¹⁸¹ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>> Acesso em: 24 abr. 2011.

¹⁸² *Apud* HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Tradução de: A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994, p. 338.

¹⁸³ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>> Acesso em: 24 abr. 2011.

Isso porque “a democracia não se resume ao princípio majoritário”¹⁸⁴. O Poder Judiciário, como função imparcial, visa à guarda da Constituição e à proteção dos direitos fundamentais de toda e qualquer pessoa, não se aparelhando oportunisticamente com a política momentânea.

Quanto à segunda crítica, referente à politização da justiça, não é demais relembrar que o Direito é produto de decisões políticas, tendo sua aplicação associada à realidade social e à subjetividade do julgador; e, neste sentido, aproxima-se da política. No entanto, o Direito também deve ser imparcial – característica aferida pela necessidade de motivação das decisões judiciais, e, neste sentido, distancia-se da política¹⁸⁵.

Dessa forma, risco não há à aproximação do Direito e da Política: desde que o juiz afine-se com a realidade social e, ao mesmo tempo, entenda que para atuar imparcialmente na defesa dos direitos fundamentais e na garantia do processo democrático deva, por vezes, contrariar a vontade da maioria, sua atuação permanece legítima¹⁸⁶.

No que tange à terceira crítica, trata-se de argumento pertinente, porquanto o Poder Judiciário, apesar de formalmente legitimado a apreciar uma extensa gama de matérias, não deve adentrar em assuntos complexos que envolvam aspectos técnicos ou científicos para os quais os outros Poderes estariam melhor legitimados a atuar na sua esfera de discricionariedade¹⁸⁷.

Neste diapasão, desde que o Poder Judiciário não adentre nessa esfera de discricionariedade dos outros Poderes, reconhecendo suas limitações institucionais, a conduta ativista do Poder Judiciário continua legítima.

Tendo em vista a linha tênue entre a ‘criatividade’ legítima e a ‘criatividade’ usurpadora de poderes, a atuação em funções que, ao Poder Judiciário, são atípicas, deve ser uma exceção – e não a regra. Não há, a partir do argumentos críticos, dúvidas de que a expansão do

¹⁸⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>> Acesso em: 24 abr. 2011.

¹⁸⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>> Acesso em: 24 abr. 2011.

¹⁸⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>> Acesso em: 24 abr. 2011.

¹⁸⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>> Acesso em: 24 abr. 2011.

Poder Judiciário importa em riscos. Há, como expõe Luís Roberto Barroso¹⁸⁸, o risco da arrogância, do autoritarismo, de uma ‘ditadura dos juízes’, bem como da limitação do debate público, tendo em vista que o deslocamento de questões ao âmbito do Poder Judiciário importa na tecnicidade das discussões e na dificuldade de acesso aos ambientes em que se desenvolvem os debates. Neste sentido, não deve ter o Direito a pretensão de abarcar todas as questões.

Contudo, como expõe o mesmo doutrinador, “a judicialização e ‘a dose certa’ de ativismo judicial tem servido bem ao Brasil”¹⁸⁹. E, dessa forma, a contenção desses fenômenos pelo simples medo de seu desvirtuamento no futuro, é posição que não se legitima.

É claro que, ultrapassando os limites democráticos do ativismo judicial, uma contenção se mostra legítima - a exemplo dos casos em que o Poder Judiciário procede à declaração de inconstitucionalidade de leis que não estão em manifesta afronta ao texto constitucional e dos casos em que os juízes impõem, especialmente ao Executivo, atuações ou abstenções no plano de políticas públicas.

O ideal seria que esse controle da atividade judicial fosse feito pelo próprio Poder Judiciário. Porém, o Poder Legislativo, preocupado na contenção desse desvirtuamento do ativismo judicial, já editou proposta de emenda tendente a sustar os atos do Poder Judiciário que extrapolem o poder regulamentar – trata-se da PEC 3/2011¹⁹⁰.

Se é fato que a ‘audácia ativista’ pode se mostrar como um verdadeiro risco à imparcialidade do poder jurisdicional, por outro lado, o excesso de conservadorismo mostra-se também como um risco à neutralidade¹⁹¹.

A auto-contenção judicial, em oposição ao ativismo judicial, acaba por inefetivar a Constituição pelo alheamento do Judiciário em relação às questões políticas, sob o

¹⁸⁸ BARROSO, Luís Roberto. Os riscos da hegemonia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. In: CONFERÊNCIA DE ENCERRAMENTO DO IX SIMPÓSIO NACIONAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL, mai. 2010, Curitiba (PR). Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/textos/riscos_hegemonia_judicial.html> Acesso em: 24 abr. 2011.

¹⁸⁹ BARROSO, Luís Roberto. Os riscos da hegemonia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. In: CONFERÊNCIA DE ENCERRAMENTO DO IX SIMPÓSIO NACIONAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL, mai. 2010, Curitiba (PR). Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/textos/riscos_hegemonia_judicial.html> Acesso em: 24 abr. 2011.

¹⁹⁰ BRASIL. Projeto de Emenda à Constituição n. 3, de 10 de fevereiro de 2011. Dá nova redação ao inciso V do art. 49 da Constituição Federal. Disponível em <http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=491790> Acesso em: 8 mai. 2011.

¹⁹¹ CAPPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores? Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 92.

argumento da neutralidade judicial. Pelo fenômeno de auto-contenção, o julgador: a) abstém-se de aplicar a Constituição, à espera de uma atuação do legislador infraconstitucional; b) enrijece os critérios de declaração de inconstitucionalidade; e c) mantém-se afastado da aplicação de políticas públicas¹⁹².

Neste sentido, desde que o Poder Judiciário não ultrapasse os limites de suas atribuições, o ativismo judicial é fenômeno social que, atrelado a um contexto de ‘judicialização’, nasce com a intenção de resolver os problemas que a própria sociedade apresenta ao julgadores, exigindo-lhes solução. E, procedendo o magistrado dentro dos limites impostos, a inércia do poder jurisdicional é princípio que garante a imparcialidade do Poder Judiciário¹⁹³.

2.3.3 O Poder Judiciário, a doutrina da separação de poderes e o mandado de injunção

Defende a doutrina neoconstitucionalista uma natureza constitutiva do mandado de injunção. Nesse sentido, o Poder Judiciário, na defesa dos direitos fundamentais, estaria autorizado pela Constituição a exercer uma função regulamentadora (que lhe é atípica, porém legítima), em conformidade com a doutrina do *check and balances*.

Nesse diapasão, o mandado de injunção brasileiro seria instrumento do Estado Moderno, não apenas de limitação estatal externa, pois viabilizador de direitos fundamentais, mas de limitação interna, pois permitiria o controle, pelo Poder Judiciário, das omissões dos Poderes Legislativo e Executivo¹⁹⁴. Isso, em consonância com a atual tendência “ativista” do Poder Judiciário.

A ausência de regulamentação do mandado de injunção é, como já exposto, motivo de controvérsia sobre sua aplicação. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, atribuidora de efeitos eminentemente declaratórios ao mandado de injunção, foi, muitas vezes, justificada por um respeito ao princípio da separação do poderes.

¹⁹² BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>> Acesso em: 24 abr. 2011.

¹⁹³ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 76.

¹⁹⁴ BOBBIO, Norberto. *Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant*. Tradução de: Alfredo Fait. Brasília: UnB, 1995, p. 15-17.

No entanto, a atribuição de efeitos constitutivos ao *writ*, segundo posicionamento dos modernos constitucionalistas, não ofende esse princípio; antes disso, permite uma consolidação democrática por meio da limitação interna dos poderes do Estado, garantindo aos cidadãos o usufruto de seus direitos mais fundamentais.

Ressalte-se, entretanto, que a não regulamentação do mandado de injunção pelo legislador não pode ser entendida como um incentivo à expansão exagerada do ativismo judicial. Isso porque, como já exposto, o fenômeno ativista só se legitima dentro dos limites da competência constitucional.

Nestes termos, em observância à legitimidade democrática, os Tribunais estão, na medida da competência atribuída pela Constituição, e nada além desta competência, legitimados a exercer funções que lhe são atípicas (função regulamentadora, por exemplo)¹⁹⁵ desde que o façam, no caso do julgamento do mandado de injunção, em defesa dos direitos fundamentais e respeitando os limites de vinculação da decisão.

Os limites de vinculação dizem respeito à abrangência conferida às decisões judiciais. Se o Poder Judiciário, em sua função mais ordinária, é ‘ativado’ para decidir um caso concreto, a decisão vincula apenas as partes processuais e, não a sociedade como um todo (o que ocorre, restritivamente, nas decisões relativas ao controle abstrato de constitucionalidade); dessa forma, a moderação necessária às decisões injuncionais não prescindem dessa cautela quanto à restrição de seus efeitos e, como já exposto, da restrição de seu âmbito de proteção¹⁹⁶.

Diferente daqueles que visualizam o ativismo judicial como uma atuação legislativa, ou até mesmo executiva, do Poder Judiciário, em verdadeira “ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional”¹⁹⁷, a doutrina neoconstitucionalista, visualiza o fenômeno como uma atuação conforme a Constituição e, portanto, legítima. Neste sentido, a atribuição de efeitos constitutivos ao mandado de injunção seria um exercício de atividade regulamentadora, e não de atividade legislativa.

¹⁹⁵ Função extraída do texto constitucional a partir da utilização de princípios constitucionais, uma vez inexistente regulamentação que estabeleça os efeitos da decisão em sede de mandado de injunção.

¹⁹⁶ Sobre os limites de vinculação da sociedade, a questão será abordada melhor no capítulo 3 no momento de crítica ao voto do Ministro Eros Grau quando do julgamento do Mandado de Injunção n. 712, no qual foi atribuído efeitos *erga omnes* à decisão injuncional.

¹⁹⁷ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 308.

À medida que a Constituição Federal prescreve o princípio da inafastabilidade da jurisdição e o controle das omissões inconstitucionais pelo Poder Judiciário, bem como os instrumentos processuais cabíveis para tanto, os juízes se encontram legitimados – no sentido de autorizados e obrigados – a concretizar os direitos fundamentais. E legitimados porque possuem competência atribuída por um documento normativo, de validade superior a todos os outros, promulgado pelos representantes do povo – a Constituição Federal.

E, neste diapasão, desde que os julgadores não excedam sua legitimidade, a concessão de efeitos constitutivos ao mandado de injunção é medida que não ofende o princípio da separação de poderes¹⁹⁸; antes, contribui para atingir objetivos em comum com este princípio – o de controle recíproco dos poderes, pela efetivação dos direitos fundamentais.

¹⁹⁸ Princípio entendido aqui como aquele harmonizado com a teoria do governo misto e do *check and balances*.

3 POSIÇÕES JURISPRUDENCIAIS E ESTUDO DE CASOS

No presente capítulo será feita uma análise jurisprudencial do mandado de injunção quando da adoção das teorias da subsidiariedade, mandamental e concretista geral, traçando-se os principais erros e acertos do Supremo Tribunal Federal na conformação do instituto.

3.1 Mandado de injunção n° 107

Em novembro de 1989, foi julgado pelo Supremo Tribunal Federal o Mandado de injunção n. 107, submetido ao Plenário, como Questão de Ordem, pelo Ministro Moreira Alves – relator do processo. A decisão emanada, nos termos do voto do relator, despertou diversas críticas doutrinárias, tendo a polêmica recaído, basicamente, no aspecto referente aos efeitos atribuídos à decisão em sede injuncional.

3.1.1 Voto do Relator

Naquela ocasião, o Ministro Moreira Alves entendeu, primeiramente, que o mandado de injunção seria ação cujo legitimado ativo seria aquele que tivesse, no caso concreto, direito ou garantia constitucional (em sentido amplo)¹⁹⁹ obstado por omissão regulamentar inconstitucional, **total ou parcial**. Ademais, entendeu que o remédio injuncional teria caráter permanente, e não transitório²⁰⁰.

Entendeu ainda, à luz dos critérios históricos da hermenêutica²⁰¹, que, diferente da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, que abrange qualquer medida omissiva inconstitucional, o mandado de injunção abarcaria somente as omissões inconstitucionais relativas à regulamentação – o que incluiria “não apenas a ausência de lei, mas de iniciativa legislativa, de decreto regulamentador, ou, até, de outros atos normativos necessários à

¹⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de injunção n. 107-3. Relator: Ministro Moreira Alves. *Diário de Justiça da União*, Brasília, set. 1990, p. 32.

²⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de injunção n. 107-3. Relator: Ministro Moreira Alves. *Diário de Justiça da União*, Brasília, set. 1990, p. 34.

²⁰¹ Em seu voto, o Ministro Moreira Alves justifica sua posição com base nas alterações realizadas pela Comissão de Sistematização da Assembléia Constituinte de 1987/88, consistentes na retirada da expressão “ato” da redação dos dispositivos referentes ao mandado de injunção, em setembro de 1988, restringindo, em seu entendimento, o objeto do *writ*.

viabilização do exercício dos direitos, garantias e prerrogativas a que alude esse dispositivo constitucional”²⁰².

Além disso, entendeu que a ação injuncional teria o critério *ratione personae* como fixador de competência: “ação ajuizável perante órgão do Poder Judiciário competente em razão do Poder, do Órgão, da Entidade ou da Autoridade cuja omissão torna inviável o exercício do direito, liberdade ou prerrogativa já referidos”²⁰³.

Ao analisar os escassos dispositivos constitucionais relativos ao *writ*, o relator concluiu que a Carta Política de 1988 não havia determinado o legitimado passivo, o procedimento, nem a natureza jurídica e efeitos da decisão em sede injuncional²⁰⁴.

A partir da análise da fixação da competência *ratione personae*, inferiu o Ministro que o legitimado passivo da ação injuncional só poderia ser pessoa jurídica de direito público²⁰⁵, baseando-se, para tanto, na doutrina de Amaral Santos²⁰⁶, que tem a fixação de competência em razão da pessoa quando, dentre outras possibilidades, um dos sujeitos da lide é pessoa jurídica de direito público.

Ademais, deduziu que o mandado de injunção seria ação auto-executável, ou seja, independente de regulamentação infraconstitucional e de procedimento próprio, cabendo a aplicação analógica do procedimento previsto para o mandado de segurança.

Já no que tange à natureza jurídica e finalidade da decisão injuncional, partiu o relator de uma análise comparativa com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, traçando os efeitos que lhe pareceram cabíveis à sentença injuncional, e atraindo, neste ponto, severas críticas.

O Ministro, em seu voto, entendeu não ser compatível com a nomenclatura do *writ* – “mandado” – nem com a possibilidade de recurso ordinário em face de decisão

²⁰² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de injunção n. 107-3. Relator: Ministro Moreira Alves. *Diário de Justiça da União*, Brasília, set. 1990, p. 34.

²⁰³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de injunção n. 107-3. Relator: Ministro Moreira Alves. *Diário de Justiça da União*, Brasília, set. 1990, p. 31.

²⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de injunção n. 107-3. Relator: Ministro Moreira Alves. *Diário de Justiça da União*, Brasília, set. 1990, p. 31.

²⁰⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de injunção n. 107-3. Relator: Ministro Moreira Alves. *Diário de Justiça da União*, Brasília, set. 1990, p. 42.

²⁰⁶ *Apud* BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de injunção n. 107-3. Relator: Ministro Moreira Alves. *Diário de Justiça da União*, Brasília, set. 1990, p. 42.

denegatória (hipótese constitucionalmente prevista) a atribuição de natureza constitutiva ao instituto. Para isso, traçou, em primeiro lugar, um paralelo com o mandado de segurança: uma vez que este “mandado” não possui natureza constitutiva, tal natureza não se aplicaria ao mandado de injunção; e, em segundo lugar, argumentou que uma decisão constitutiva não poderia consistir em um deferimento ou em uma denegação²⁰⁷.

Concluindo seu ponto de vista, argumentou ser cabível a atribuição de efeitos declaratórios e mandamentais à decisão injuncional. Efeitos declaratórios à medida que o Tribunal entendeu ser finalidade da sentença declarar a mora do órgão competente, cientificando-o de sua omissão; e, efeitos mandamentais, à medida que a notificação do órgão competente objetiva compelir o inerte a adotar as providências cabíveis. Nos termos do voto do relator:

[...] ação que visa obter do Poder Judiciário a declaração de inconstitucionalidade dessa omissão se estiver caracterizada a mora em regulamentar por parte do Poder, órgão, entidade ou autoridade de que ela dependa, com a finalidade de que se lhe dê ciência dessa declaração, para que adote as providências necessárias, à semelhança do que ocorre com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (artigo 103, §2º, da Carta Magna), com a determinação, se for o caso, da suspensão de processos judiciais ou administrativos²⁰⁸.

Com esse viés, portanto, seria o mandado de injunção remédio de efeitos análogos ao da ação direta de inconstitucionalidade por omissão – “declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias [...]” (artigo 103, §2º, CF/88)²⁰⁹. E, neste sentido, a analogia com a ação direta de inconstitucionalidade também importa na atribuição de efeitos *erga omnes* à decisão injuncional.

Embora tenha equiparado os efeitos de ambas as ações, considerou o Ministro Moreira Alves que as ações se distinguiriam em alguns pontos – no que tange ao mandado de injunção: a) admite-se a suspensão de processos judiciais ou administrativos eventualmente prejudiciais ao impetrante; b) admite-se o seu cabimento apenas contra mora normativa, enquanto a ação direta de inconstitucionalidade por omissão abarcaria qualquer omissão relativa

²⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de injunção n. 107-3. Relator: Ministro Moreira Alves. *Diário de Justiça da União*, Brasília, set. 1990, p. 41.

²⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de injunção n. 107-3. Relator: Ministro Moreira Alves. *Diário de Justiça da União*, Brasília, set. 1990, p. 47.

²⁰⁹ BRASIL. Constituição (1988). Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em: 8mai. 2011.

a providências materiais; c) o seu legitimado ativo seria qualquer pessoa²¹⁰, enquanto os legitimados a propor ação direta de inconstitucionalidade por omissão seriam apenas aqueles elencados no rol do artigo 103 da Constituição Federal.

A concessão de efeitos declaratórios e ‘mandamentais’ baseou-se na idéia de que a atribuição de efeitos constitutivos ao mandado de injunção o colocaria num *status* superior à ação direta de inconstitucionalidade por omissão, inadmissível, na visão do Ministro Moreira Alves, em face da comparação dos direitos por ambas protegidos, da legitimidade ativa e da competência atribuída a cada uma das ações.

Para tanto, alega o Relator que, se a ação direta de inconstitucionalidade – que visa a proteger o texto constitucional e, portanto, o interesse público – não autoriza a edição de norma regulamentadora pelo Poder Judiciário, não haveria de se conceder tal autorização numa ação cujos interesses em defesa são individuais²¹¹.

Aduz ainda que, se o mandado de injunção autorizasse a edição de norma regulamentadora, atribuir-se-ia uma função, a diversos tribunais, que não foi sequer atribuída ao Supremo Tribunal Federal – órgão de cúpula – no âmbito da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, ação que, a propósito, possui um rol reduzido de legitimados ativos, diferentemente do mandado de injunção, que admite impetração por qualquer pessoa²¹².

Além disso, ressaltou o Ministro a inconveniência de um indefinido número de decisões judiciais divergentes, “sem possibilidade de uniformização”²¹³; e o fato de que nem mesmo os países que admitem a coexistência da *common law* e da *equity* permitirem a regulamentação de normas constitucionais²¹⁴.

Justifica, ainda, sua posição rebatendo as críticas à concessão de efeitos declaratórios e ‘mandamentais’ ao mandado de injunção: para ele, se a atribuição de tais efeitos à

²¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de injunção n. 107-3. Relator: Ministro Moreira Alves. *Diário de Justiça da União*, Brasília, set. 1990, p. 31-32.

²¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de injunção n. 107-3. Relator: Ministro Moreira Alves. *Diário de Justiça da União*, Brasília, set. 1990, p. 42-43.

²¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de injunção n. 107-3. Relator: Ministro Moreira Alves. *Diário de Justiça da União*, Brasília, set. 1990, p. 38 e 43.

²¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de injunção n. 107-3. Relator: Ministro Moreira Alves. *Diário de Justiça da União*, Brasília, set. 1990, p. 43.

²¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de injunção n. 107-3. Relator: Ministro Moreira Alves. *Diário de Justiça da União*, Brasília, set. 1990, p. 43.

ação direta de inconstitucionalidade por omissão foi suficiente para o legislador que, de forma alguma, visava à ineficácia do instrumento constitucional, há de ser também suficiente para o mandado de injunção – mesmo que não haja previsão de sanções ao órgão omissor pelo descumprimento do mandado ou da ação de inconstitucionalidade.

Para isso, aduz que, se a Constituição Federal não previu expressamente como finalidade mediata do mandado de injunção obter a regulamentação do direito obstaculizado, não seria cabível ao julgador pressupor a natureza constitutiva do *writ*. Para ele, a atribuição de efeitos constitutivos ao *writ* esvaziaria o conteúdo da ação direta de inconstitucionalidade por omissão²¹⁵.

E, para os que alegam ser a natureza constitutiva a única forma de viabilização de direitos obstaculizados pela omissão, rebate o argumento concluindo que nem todos os direitos constitucionais previstos em normas de eficácia limitada poderiam ser viabilizados pela concessão de efeitos constitutivos à sentença injuncional. Ademais, argumentam existirem possibilidades de não haver condições técnicas para implementação dos direitos reclamados²¹⁶.

Aduziu ainda que haveria falhas na corrente da resolutividade, porquanto a circunscrição da decisão injuncional às partes inviabilizaria a concretização de direitos eminentemente coletivos, “pois não se pode atribuir ao mandado de injunção natureza que é impossível com uma das hipóteses para as quais ele foi constitucionalmente criado”²¹⁷.

Além disso, argumentou que haveria um inconveniente na sentença, que, fazendo coisa julgada entre as partes, não poderia ser modificada em face da superveniência de norma regulamentadora por parte do órgão competente²¹⁸.

3.1.2 Críticas ao voto do Relator

²¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de injunção n. 107-3. Relator: Ministro Moreira Alves. *Diário de Justiça da União*, Brasília, set. 1990, p. 39.

²¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de injunção n. 107-3. Relator: Ministro Moreira Alves. *Diário de Justiça da União*, Brasília, set. 1990, p. 36.

²¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de injunção n. 107-3. Relator: Ministro Moreira Alves. *Diário de Justiça da União*, Brasília, set. 1990, p. 38.

²¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de injunção n. 107-3. Relator: Ministro Moreira Alves. *Diário de Justiça da União*, Brasília, set. 1990, p. 38.

No presente tópico serão levantadas as principais críticas ao voto do Ministro Moreira Alves no MI n. 107, na tentativa de desconstruir uma afirmada natureza jurídica declaratória do mandado de injunção.

3.1.2.1 Competência

Como já exposto, o Ministro Moreira Alves - relator do Mandado de Injunção nº 107, *leading case*, entendeu que o critério fixador de competência do *writ* seria em razão da pessoa – para essa inferência, partiu do fato de que os dispositivos constitucionais que prevêm o mandado de injunção dispõem que a competência será fixada conforme a estatura do órgão omissor.

A doutrina que defende a legitimidade passiva limitada ao órgão responsável pela viabilização do direito omissor repudia a inferência de uma competência fixada em razão da pessoa: “vejo apenas a adoção de um critério de estabelecimento da competência do órgão jurisdicional, por equivalência, sem, contudo, extrair, daí, qualquer regra atinente à legitimidade”²¹⁹.

Conforme essa corrente doutrinária, retirar-se-ia a atribuição de efeitos declaratórios ao mandado de injunção (conclusão principal do Ministro Moreira Alves) à medida que se desconstrói um dos fundamentos do voto do Relator – a inferência da legitimidade passiva pelos órgãos políticos, a partir da interpretação dos dispositivos constitucionais referentes à competência²²⁰.

No entanto, segundo o posicionamento que se supõe mais coerente, o órgão omissor seria litisconsorte do órgão responsável pela viabilização do direito, cabendo a fixação tanto de uma competência em razão da pessoa quanto em razão da matéria.

Neste sentido, a fixação de competência *ratione personae* não reinaria soberana no âmbito do mandado de injunção – haveria também o critério *ratione materiae*. E, ainda que se coloque o órgão omissor em litisconsórcio com o responsável pela viabilização do direito, o caráter declaratório da sentença se constitui em efeito meramente subsidiário, de modo que o

²¹⁹ BERMUDEZ, Sérgio. O mandado de injunção. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, a. 78, n. 642, p. 21-25, abr. 1989, p. 24.

²²⁰ HAGE, Jorge. *Omissão inconstitucional e direito subjetivo*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999, p. 137.

argumento do Ministro Moreira Alves relativo à competência não se mostra de todo coerente para se inferir, ao final de seu voto, uma natureza declaratória ao *writ*.

3.1.2.2 Finalidade

Para concluir ser o mandado de injunção remédio constitucional de natureza declaratória, o Ministro Moreira Alves embasou-se, dentre as várias premissas aventadas, nas normas de competência definidas na Constituição. Entendendo que estas normas levavam à conclusão de que os legitimados passivos da ação injuncional seriam os responsáveis pela omissão, o Ministro concluiu que a sentença não haveria de ser constitutiva, mas declaratória.

Segundo Jorge Hage, tal conclusão não possui fundamento algum, já que definir a natureza jurídica de um instituto pelas regras de competência

equivaleria a definir o **principal** pelo **acessório**, o **substancial**, pelo **adjetivo**, a **essência**, pela **circunstância**, o **necessário** pelo **contingente**. Com todo o respeito que merecem as manifestações da Corte Suprema, não parece ser o mais recomendável método de interpretação de uma Constituição o que implique prevalecer-se de evidentes e reconhecidas imperfeições técnicas da Carta, no regramento das “competências” (matéria claramente instrumental), para modificar substancial e radicalmente a própria natureza e razão de ser de um instituto, seu objeto e seus efeitos²²¹.

Em consonância com a posição de Luís Roberto Barroso, Hage argumenta que a notificação do poder inerte não visaria à obtenção de norma regulamentadora, mas à cientificação do órgão omissor sobre as lides decididas pelo Poder Judiciário para “assim, quem sabe, motivá-lo ou provocá-lo a eventualmente romper sua inércia e purgar a mora”²²².

No entanto, para os que defendem o litisconsórcio necessário entre órgão omissor e ente responsável pela concretização do direito subjetivo, a cientificação do órgão inerte visa sim à obtenção de norma regulamentadora, como tentativa de desonerar o Poder Judiciário de tomar medidas mais gravosas.

Já no que tange à atribuição de natureza mandamental ao instituto pelo Ministro Moreira Alves, tratou-se de ato meramente fictício, pois uma decisão mandamental sem a cominação de sanções ao seu descumprimento não significa nada além de uma decisão ineficaz - “concluiu, então, o Ministro Moreira Alves, que a eficácia do mandado de injunção é

²²¹ HAGE, Jorge. *Omissão constitucional e direito subjetivo*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999, p. 138.

²²² HAGE, Jorge. *Omissão constitucional e direito subjetivo*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999, p. 139-140.

mandamental [...] consistente na ordem de determinar ao impetrado a edição de norma regulamentar, sob pena de... coisa alguma”²²³.

Em adição a isso, mostra-se equivocada a atitude do Ministro Relator, partindo de interpretação analógica, de equiparar os efeitos do mandado de injunção à ação direta de inconstitucionalidade por omissão, traçando um paralelo entre os 2 (dois) institutos: argumentou que a atribuição de efeitos declaratórios ao *writ* não importaria em inocuidade do instituto, pois que, se a solução é satisfatória para a ação de defesa de direitos objetivos, também o seria à ação injuncional, já que entender pela inocuidade da sentença declaratória seria entender pela inocuidade da ação direta de inconstitucionalidade por omissão²²⁴.

Em primeiro lugar, tem-se que a atribuição de efeitos semelhantes aos institutos a partir de um paralelo entre eles não se justifica, já que as ações são bem diversas, tendo unicamente como semelhança o combate a omissões normativas e a deficiência de regulamentação. Em segundo lugar, se a atribuição de efeitos declaratórios à ação direta de inconstitucionalidade por omissão é insuficiente, “é uma outra questão, que aqui não está em pauta”²²⁵.

Neste sentido, não é a atribuição de efeitos constitutivos ao mandado de injunção que retira a eficácia da sentença referente à ação direta de inconstitucionalidade por omissão; mas, é a atribuição de efeitos declaratórios que esvazia o conteúdo do mandado de injunção.

Mantendo o paralelo com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, o Ministro concluiu que, se a Constituição não autoriza a edição de norma regulamentadora nesta ação – em que se preza a defesa do texto constitucional e em que não há diversidade de juízos competentes, não haveria de permitir a atribuição desses efeitos ao mandado de injunção²²⁶.

²²³ QUINTAS, Fábio Lima. A efetividade do mandado de injunção: retrospecto e perspectivas. *Direito Público*, São Paulo, v. 5, n. 20, p. 83-102, mar./abr. 2008, p. 88.

²²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de injunção n. 107-3. Relator: Ministro Moreira Alves. *Diário de Justiça da União*, Brasília, set. 1990, p. 45-46.

²²⁵ HAGE, Jorge. *Omissão inconstitucional e direito subjetivo*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999, p. 159.

²²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de injunção n. 107-3. Relator: Ministro Moreira Alves. *Diário de Justiça da União*, Brasília, set. 1990, p. 38-39.

Ocorre que, em primeiro lugar, a diversidade de juízos, que implica em diversidade de decisões, é situação a que está fadada qualquer atividade jurisdicional²²⁷, e que pode muito bem ser resolvida pelos instrumentos previstos na Constituição e na legislação infraconstitucional, a exemplo das súmulas vinculantes e dos incidentes de uniformização de jurisprudência.

Em segundo lugar, para a teoria da resolutividade, a sentença injuncional não buscaria, ao contrário do que se esperaria de uma sentença constitutiva em âmbito de ação direta de inconstitucionalidade por omissão, a edição de normas gerais, abstratas e permanentes – isso sim vedado pelo princípio da separação de poderes -, mas a edição de normas concretas, provisórias e com efeitos *inter partes*; além disso, não há de se olvidar que a tutela jurisdicional está sempre submetida ao princípio da inércia da jurisdição.

Buscando rebater o argumento de que a ação injuncional seria de natureza constitutiva, afirma o Ministro Moreira Alves que a denominação “mandado” seria incompatível com essa natureza. Ocorre que, para essa conclusão, o Ministro ignorou o significado da palavra “injunção” que, originada no direito anglo-americano, relaciona-se com a ideia de “remédio de equidade”²²⁸.

Outrossim, alimenta sua objeção à natureza constitutiva sob o argumento de que seria inviável a adoção de tal natureza quando houvesse a necessidade de organização prévia de serviços ou alocação de recursos, e quando se evidenciasse a ausência de condições técnicas para tanto.

Ocorre que, primeiramente, deve-se verificar se não se trata de normas programáticas²²⁹, as quais não são passíveis de mandato de injunção, tendo em vista estarem sujeitas à discricionariedade (razoável) do legislador ou do administrador. Não sendo o caso de normas programáticas, “não estariam em jogo opções políticas, em que caiba a definição de prioridades [...]. Com efeito, se se está a falar de **direitos** já assegurados pela Constituição, não há que cogitar de opções”²³⁰.

²²⁷ HAGE, Jorge. *Omissão constitucional e direito subjetivo*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999, p. 153.

²²⁸ HAGE, Jorge. *Omissão constitucional e direito subjetivo*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999, p. 154.

²²⁹ Utiliza-se aqui a doutrina que exclui as normas programáticas do âmbito de proteção do mandato de injunção.

²³⁰ HAGE, Jorge. *Omissão constitucional e direito subjetivo*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999, p. 142.

Dessa forma, se não se trata de normas programáticas, mas de direitos subjetivos conferidos pelo Constituinte, o que o mandado de injunção busca amparar não são providências materiais, mas normativas, uma vez que a pendência obstaculizadora diz respeito a regulamentações, e não à alocação de recursos e à organização prévia de serviços.

Quanto à inviabilidade técnica, é argumento que não se sustenta, tendo em vista que o Poder Judiciário sempre teve peritos à sua disposição, podendo se utilizar dos mais variados meios para obtenção dos dados necessários. Mesmo que não o fosse, o Poder Judiciário não se pode negar à prestação da tutela jurisdicional alegando não possuir os elementos necessários, sob pena de conivência com a omissão inconstitucional do órgão inerte.

Nesse sentido, a garantia da inafastabilidade do poder jurisdicional resta consagrada no ordenamento jurídico pátrio, conforme previsões contidas no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal e no artigo 126 do Código de Processo Civil.

Nos termos dos dispositivos legais supramencionados, a todos é concedido o direito de acesso ao Poder Judiciário, não sendo cabível ao juiz escusar-se de conceder a tutela jurisdicional alegando lacuna ou obscuridade na lei.

O princípio da inafastabilidade do poder jurisdicional “(...) não inclui apenas a simples possibilidade de acesso ao Poder Judiciário, mas, igualmente, o direito a um tutela célere, efetiva e útil, por meio da qual o jurisdicionado consiga **tudo aquilo e exatamente aquilo que tenha direito** [...]”²³¹.

Para isso, o ordenamento jurídico prevê a possibilidade do julgador determinar todas as “medidas que se façam necessárias à efetivação da tutela jurisdicional específica, ou, no mínimo, à obtenção de resultados práticos equivalentes”²³². Neste sentido, o julgador estaria apto a determinar a prática ou abstenção de um ato, bem como a cominação de multa para o caso de descumprimento.

²³¹ PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Mandado de injunção*. São Paulo: Ed. Atlas, 1999, p. 84.

²³² HAGE, Jorge. *Omissão inconstitucional e direito subjetivo*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999, p. 144.

A prestação da tutela jurisdicional, nos casos difíceis, deve ser concedida, nos termos do artigo 4º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro: “de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”²³³.

O doutrinador Jorge Hage defende ainda o uso da equidade, sob o argumento de que a utilização desse recurso de integração da norma, admitido apenas por previsão legal expressa, nos termos do artigo 127 do Código de Processo Civil, estaria autorizada pela significação do termo *injunctio* – remédio de equidade.

Para Sérgio da Silva Mendes, por outro lado, a tentativa de aplicação de um juízo de equidade, característico do sistema da *common Law*, a um sistema positivo, de característica “gramaticalizada”²³⁴, seria “reduzir o conceito do mandado de injunção à vontade do intérprete”²³⁵.

Ainda não satisfeito, o Ministro Moreira Alves aduz a existência de inviabilidade na alteração das decisões (que implicam coisa julgada) por uma eventual regulamentação pelo órgão competente. Todavia, trata-se de inviabilidade que pode ser resolvida pelo próprio dispositivo da sentença, ao qual caberia determinar as condições de vigência da sentença.

Além disso, argumenta o Ministro Relator que, nos casos de prerrogativas inerentes à soberania popular, a atribuição de eficácia *inter partes* inviabilizaria a extensão da regulamentação a toda àquela classe abarcada pelo direito, o que seria incompatível com o seu caráter coletivo.

Ocorre que, em primeiro lugar, essas prerrogativas seriam a minoria dentre os direitos abarcados pelo âmbito de proteção do mandado de injunção. E, em segundo lugar, quando houver interesse no exercício de tais direitos, a impetração do *writ* tenderá a ser coletiva.

²³³ BRASIL. Decreto-lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Disponível em < <http://www.planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/Del4657.htm> > Acesso em 8 mai. 2011.

²³⁴ MENDES, Sérgio da Silva. Hermenêutica da criação... e dos esquecimentos: o *Holzwege* do Mandado de Injunção. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 103, n. 390, p. 177-212, mar./abr. 2007, p. 189-190.

²³⁵ MENDES, Sérgio da Silva. Hermenêutica da criação... e dos esquecimentos: o *Holzwege* do Mandado de Injunção. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 103, n. 390, p. 177-212, mar./abr. 2007, p. 189.

Por último, sustenta o Relator que o princípio da reserva legal proíbe a imposição de deveres por meios que não os legais, de forma que o mandado de injunção, ao regulamentar um direito, estaria impondo a outrem um dever não previsto em lei.

Contudo, tal afirmativa parte da premissa de que o direito e, portanto, a obrigação de concedê-lo, seriam criados por meio de sentença. Ocorre que, equivocada a premissa, o direito já encontra-se no mundo jurídico, esperando apenas sua regulamentação – nasceu de sua previsão constitucional e, a partir daí, surgiu a obrigação.

3.1.3 Conclusões

A teoria não concretista foi adotada durante muito tempo pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, tendo sido criticada, basicamente, pela equiparação dos efeitos de 2 (duas) ações constitucionais que, em verdade, são muito diversas: o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Neste sentido, dispõe Eduardo Ribeiro Moreira: “É um juízo lógico que duas ações diversas não podem ser idênticas. Características idênticas, o mandado de injunção e ação direta de inconstitucionalidade por omissão só têm uma: ambos não possuem lei regulamentadora própria”²³⁶.

Assim, a teoria da subsidiariedade, claramente adotada pelo Supremo Tribunal Federal no MI 107-3 DF, atribui ao mandado de injunção um papel secundário em relação à ação direta de inconstitucionalidade por omissão, diferenciando os institutos apenas no aspecto da legitimidade ativa e da competência. Neste sentido, expõe o Ministro Moreira Alves:

Assentou o Supremo Tribunal Federal a orientação de que o instrumento processual criado pela Constituição com a denominação de mandado de injunção, e que será concedido sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais e prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania (Art. 5.º, LXXI), serve, para qualquer titular desses direitos, liberdades e prerrogativas, de meio de declaração da omissão inconstitucional resultante da mora na feitura da norma regulamentadora, o que acarreta, normalmente, a mesma consequência da ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ciência ao Poder, órgão ou autoridade omissos, para a adoção das providências necessárias à regulamentação)²³⁷.

²³⁶ MOREIRA, Eduardo Ribeiro. O novo aproveitamento do mandado de injunção. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 15, n. 60, p. 82-93, jul./set. 2007, p. 84.

²³⁷ ALVES, José Carlos Moreira. A evolução do controle da constitucionalidade no Brasil. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *As garantias do cidadão na justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 12.

A adoção da teoria não-concretista, alvo de muitas críticas, foi considerada a causa da ineficácia do mandado de injunção, pois que os efeitos concedidos à decisão injuncional não se mostravam suficientes para permitir-se a fruição dos direitos objetos da ação constitucional.

Isso porque a simples declaração de mora e notificação do órgão omissor não tinham o condão de impelir o órgão inerte a suprir a omissão, nem resolviam o caso concreto de modo a proporcionar o gozo do direito obstaculizado pela inércia do órgão legislativo.

Aqui o Poder Judiciário se portou como um verdadeiro poder subordinado (ao poder Legislativo): “A saída inócua do mandado de injunção (mera declaração de mora) é típica de submissão de um poder ao outro”²³⁸. E, neste sentido, o Supremo Tribunal Federal aplicou a ideia contida na obra de Montesquieu a respeito do papel do Poder Judiciário – “o legislativo, para Montesquieu, invade o judiciário, mas jamais o inverso”²³⁹.

A interpretação conferida ao instituto, antes de denotar o pensamento jurídico da Suprema Corte sobre o papel do mandado de injunção, constituiu-se em clara construção jurisprudencial de cunho administrativo: a consideração do mandado de injunção como ação de viés declaratório foi construção do Tribunal com o fito de reduzir o aglomerado de processos que se acumulam anualmente na Suprema Corte²⁴⁰.

Dessa forma, mudanças de entendimento jurisprudencial, especialmente quanto à finalidade do *writ*, trouxeram novas perspectivas quanto às possibilidades do instituto, despertando esperanças quanto ao um “correto aproveitamento”²⁴¹ das potencialidades do mandado de injunção.

3.2 Mandados de injunção n° 232 e 283

No presente tópico serão estudados os MI n. 232 e n. 283, em cujas decisões afirmou-se a natureza jurídica mandamental do instituto do mandado de

²³⁸ MENDES, Sérgio da Silva. Hermenêutica da criação... e dos esquecimentos: o *Holzwege* do Mandado de Injunção. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 103, n. 390, p. 177-212, mar./abr. 2007, p. 197.

²³⁹ MENDES, Sérgio da Silva. Hermenêutica da criação... e dos esquecimentos: o *Holzwege* do Mandado de Injunção. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 103, n. 390, p. 177-212, mar./abr. 2007, p. 196.

²⁴⁰ HAGE, Jorge. *Omissão inconstitucional e direito subjetivo*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999, p. 181.

²⁴¹ MOREIRA, Eduardo Ribeiro. O novo aproveitamento do mandado de injunção. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 15, n. 60, p. 82-93, jul./set. 2007, p. 85.

injunção, abordando as diferenças das conformações conferidas ao *writ* no âmbito de cada direito defendido.

3.2.1 Mandado de injunção n° 232

Ainda no início da década de 90 houve o julgamento do mandado de injunção n. 232, que versava sobre o direito constitucional previsto no artigo 195, § 7º, da Constituição Federal – isenção de contribuições previdenciárias para entidades beneficentes de assistência social.

3.2.1.1 Voto do Relator

Segundo o Ministro Moreira Alves – relator do processo, estaria caracterizada a mora inconstitucional do Congresso Nacional em face do disposto no artigo 59 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que fixa o prazo de 6 (meses) da promulgação da Constituição para apresentação de projetos de lei sobre planos de benefício da seguridade social, e mais 6 (meses) consecutivos para sua apreciação²⁴².

Entendeu o Relator que, em face da mora do Poder Legislativo na regulamentação do exercício de direito constitucional, teria o mesmo Poder prazo de 6 (seis) meses para adoção de providências para a regulamentação necessária – medida que, uma vez descumprida, daria ao impetrante a isenção requerida²⁴³.

3.2.1.2 Voto de divergência

Primeiramente, o Ministro Marco Aurélio tece considerações acerca das diferenças dos institutos do mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Argumenta que, se o provimento jurisdicional visado fosse a declaração de inconstitucionalidade da mora legislativa estar-se-ia diante de uma ação direta de

²⁴² Art. 59, ADCT. Os projetos de lei relativos à organização da seguridade social e aos planos de custeio e de benefício serão apresentados no prazo máximo de seis meses da promulgação da Constituição ao Congresso Nacional, que terá seis meses para apreciá-los.

²⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de injunção. MI 232/RJ. Relator: Ministro Moreira Alves. 2 ago. 1991. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=MI%28232%2ENUME%2E+OU+232%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em 14 jun. 2011.

inconstitucionalidade por omissão e, portanto, seria a parte ilegítima para propor a ação, tendo em vista a taxatividade do rol do artigo 103 da Constituição Federal²⁴⁴.

Aduz, ainda, que uma sentença que não viabiliza o exercício de um direito não há de ser injuncional. E que, se a sentença consistisse na declaração da omissão inconstitucional, seria decisão que atingiria não só as partes – o que contrariaria a teoria da resolutividade (claramente defendida pelo Ministro Marco Aurélio). Por fim, conclui pela aplicação analógica das regras de imunidade relativa previstas no Código Tributário Nacional²⁴⁵.

3.2.1.3 Conclusões

A posição vencedora foi aquela adotada pelo Ministro Moreira Alves: decisão que – aqui sim – teve viés mandamental, ao contrário da decisão exarada no Mandado de Injunção n. 107. Nos termos do voto do relator:

[...] conheço, em parte, do pedido, e, nessa parte, o defiro para declarar o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, no prazo de seis meses, adote ele as providências legislativas que se impõem para o cumprimento da obrigação de legislar decorrente do artigo 195, § 7º, da Constituição, sob pena de, vencido esse prazo sem que essa obrigação se cumpra, passar o requerente a gozar da imunidade requerida²⁴⁶.

O Supremo Tribunal Federal, ao contrário do que afirma na decisão emanada no *leading case* MI n. 107, não atribui efeitos mandamentais àquela decisão – diferente do que ocorreu no âmbito do MI n. 232, em que foi, de fato, fixada uma natureza mandamental ao instituto, pela estipulação de prazo para a edição legislativa e atribuição de conseqüências a uma continuada inércia.

Trata-se, sem dúvida, da adoção da teoria intermediária, com a fixação de prazo para cumprimento da obrigação normativa, cujo descumprimento acarretaria o imediato gozo do direito constitucionalmente assegurado - é, assim, decisão que transforma uma norma de eficácia limitada em norma de eficácia contida, uma vez que atribui aplicabilidade imediata à

²⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de injunção. MI 232/RJ. Relator: Ministro Moreira Alves. 2 ago. 1991. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=MI%28232%2ENUME%2E+OU+232%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em 14 jun. 2011.

²⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de injunção. MI 232/RJ. Relator: Ministro Moreira Alves. 2 ago. 1991. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=MI%28232%2ENUME%2E+OU+232%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em 14 jun. 2011.

²⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de injunção. MI 232/RJ. Relator: Ministro Moreira Alves. 2 ago. 1991. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=MI%28232%2ENUME%2E+OU+232%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em 14 jun. 2011.

norma, ressalvando a possibilidade de sua restrição por futura regulamentação por parte do órgão omissor²⁴⁷.

É, contudo, decisão que peca pela excessiva abrangência concedida ao objeto do *writ*. Haveria um direito fundamental ao não pagamento de tributos?²⁴⁸ A resposta que nos parece ser a mais correta seria a que considera não ser o direito previsto no artigo 195, § 7º da Constituição Federal um direito fundamental.

3.2.2 Mandado de injunção nº 283

Outro caso em que Supremo Tribunal Federal denotou a adoção da teoria intermediária foi quando julgou o MI n. 283 – ação tendente a viabilizar o exercício do direito assegurado no artigo 8º, § 3º, do ADCT, que previa reparação pecuniária àqueles que foram impedidos de exercer atividade profissional em virtude de certas Portarias do Ministério da Aeronáutica, em 1964²⁴⁹.

No caso em questão, o Congresso Nacional tinha um prazo de 12 meses, previsto pela própria Constituição, para editar norma regulamentar para viabilização do referido direito – prazo que não foi cumprido.

Diante da mora legislativa decidiu o Poder Judiciário pelo estabelecimento de novo prazo para que o Poder Legislativo editasse norma regulamentar – 60 dias, caso em que o descumprimento da decisão acarretaria direito do impetrante em buscar a reparação pecuniária pela via judiciária. Nesse sentido, foi a cominação de uma consequência que aumentou a eficácia da decisão judicial²⁵⁰.

²⁴⁷ As normas de eficácia contida são aquelas que possuem aplicabilidade imediata, podendo ter seus efeitos restringidos por regulamentação futura.

²⁴⁸ O Supremo Tribunal Federal já se posicionou em sentido contrário ao aqui defendido.

²⁴⁹ Art. 8º, § 3º, ADCT. Aos cidadãos que foram impedidos de exercer, na vida civil, atividade profissional específica, em decorrência das Portarias Reservadas do Ministério da Aeronáutica nº S-50-GM5, de 19 de junho de 1964, e nº S-285-GM5 será concedida reparação de natureza econômica, na forma que dispuser lei de iniciativa do Congresso Nacional e a entrar em vigor no prazo de doze meses a contar da promulgação da Constituição.

²⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de injunção. MI 283/DF. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. 2 ago. 1991. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=MI%28283%2EENUME%2E+OU+283%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em 14 jun. 2011.

Se, segundo o Supremo, é impossível obrigar o órgão a cumprir a obrigação de editar norma, não restaria alternativa a não ser converter a obrigação em indenização – o que não obstaria ao impetrante buscar outras reparações previstas em lei regulamentar futura.

Dessa forma, estaria a Suprema Corte, novamente, adotando a teoria intermediária no julgamento de um mandado de injunção – fixação de prazo para o cumprimento de obrigação constitucional normativa com a atribuição de conseqüências ao descumprimento; no entanto, a conseqüência agora, ao contrário da decisão emanada no MI n. 232, não se constituiria no usufruto imediato do direito assegurado na Constituição, mas na possibilidade de obtenção de sentença líquida de condenação à reparação por perdas e danos²⁵¹.

Ressalte-se que essa atuação do Tribunal só foi permitida pelas circunstâncias do caso concreto: além da caracterização da mora legislativa, (i) havia o extrapolamento de prazo constitucional **expressamente fixado** para edição da norma; (ii) o conteúdo do direito se encontrava devidamente exposto na norma constitucional objeto do *writ* – reparação pecuniária; (iii) a idade avançada do impetrante denotava sérios riscos à efetivação de seu direito; (v) havia identidade entre pessoa jurídica omissa e pessoa jurídica condenada – a União²⁵².

3.2.3 Conclusões dos Mandados de Injunção n° 232 e 283

Nessa visão adotada pela Suprema Corte, o juiz não se limitaria a expedir sentença condenatória, mas, no exercício de um poder estatal, ordenaria seu acatamento²⁵³ - diferente da decisão de natureza declaratória (em que não há ordens de cumprimento) e da decisão de natureza constitutiva (que coloca o juiz no papel de executor de tarefa que deveria ter sido voluntariamente realizada pelo impetrado).

Dessa forma, no âmbito da teoria intermediária, far-se-ia necessário a elaboração, pelo Poder Judiciário, de sanções aplicáveis no caso de desobediência do mandamento expedido na decisão judicial: sanções que garantissem ou o efetivo cumprimento da

²⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de injunção. MI 283/DF. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. 2 ago. 1991. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=MI%28283%2E%2E+OU+283%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em 14 jun. 2011.

²⁵² QUINTAS, Fábio Lima. A efetividade do mandado de injunção: retrospecto e perspectivas. *Direito Público*, São Paulo, v. 5, n. 20, p. 82-102, mar./abr. 2008, p. 97.

²⁵³ GOMES, Fábio; SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Teoria geral do processo civil* 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000, p. 266-267.

decisão ou uma medida equivalente, de modo a tornar imperativa a decisão judicial. Neste diapasão, a falta de sanções, na visão daqueles contrários à adoção de decisão declaratória, é vista como a principal responsável pela ausência de cogência das decisões judiciais.

Quando do julgamento do MI n. 284-3/DF, também referente ao direito assegurado no artigo 8º, § 3º, do ADCT, o Poder Judiciário não conferiu prazo para normatização pelo órgão omissor, considerando que, já tendo sido notificado de sua omissão em oportunidade anterior, o Poder Legislativo nenhuma providência tomou, de forma que o impetrante já estaria autorizado a buscar a reparação devida na esfera jurisdicional ordinária.

Assim, o Supremo Tribunal Federal, nas decisões referentes ao direito previsto no artigo 8º, § 3º, do ADCT, apesar de ter suprido a ausência de norma regulamentadora, não solucionou definitivamente a lide, remetendo a apuração da indenização devida (*quantum debeatur*) à Justiça Comum. Já no caso do direito constitucional previsto no art. 195, § 7º da CF/88, não houve ruptura procedimental, tendo o STF efetivamente concedido a tutela requerida²⁵⁴.

A diferença na solução dos casos acima descritos consiste no pedido: (i) no caso do direito previsto no art. 8º, § 3º do ADCT, os impetrantes almejam uma indenização a partir de um título executivo advindo de uma integração normativa, de forma que a sentença injuncional assume um viés condenatório; (ii) no caso do art. 195, § 7º da CF/88, a simples declaração de que a desobediência do Poder Legislativo implica na imunidade requerida é suficiente para integrar a norma e efetivar o direito²⁵⁵.

Com a prolação de tais decisões, o Supremo Tribunal Federal alterou seu entendimento quanto à natureza do *writ*, concedendo efeitos mandamentais ao mandado de injunção, ao transformar uma norma de eficácia limitada em norma de eficácia contida – a prevista no artigo 195, § 7º, da Carta Política, e ao aplicar uma consequência pecuniária ao descumprimento de ordem judicial – regulamentação do art. 8º, § 3º, ADCT.

²⁵⁴ MAZZEI, Rodrigo. Mandado de injunção coletivo: viabilidade frente aos (falsos) dogmas. Revista de Direitos Difusos, s. l., v. 7, n. 36, p. 119-156, mar./abr. 2006, p. 131-132.

²⁵⁵ MAZZEI, Rodrigo. Mandado de injunção coletivo: viabilidade frente aos (falsos) dogmas. Revista de Direitos Difusos, s. l., v. 7, n. 36, p. 119-156, mar./abr. 2006, p. 132.

Ademais, a diferença constante nos provimentos concedidos delineou uma tendência de conferir a eficácia que melhor se coaduna com o direito pleiteado, em posição verdadeiramente prestigiadora dos direitos constitucionais.

Foram decisões que, indubitavelmente, constituíram-se em um avanço na concretização dos direitos constitucionais, no que tange aos efeitos concedidos à sentença (mandamentais), mas que, no caso do MI n. 232, excedeu a legitimidade democrática, pelo extrapolamento do objeto do *writ* na defesa de direitos não fundamentais – artigo 195, § 7º, da Constituição Federal.

3.3 Mandado de Injunção n° 712

No final de 2007 foi submetido ao plenário do Supremo Tribunal Federal o julgamento do Mandado de Injunção n. 712, de relatoria do Ministro Eros Grau, cujo objeto referia-se à norma contida no artigo 37, inciso VII, da Constituição Federal – direito de greve do servidor público civil.

3.3.1 Voto do Relator

Em seu voto, o Ministro Relator Eros Grau, posicionando-se em consonância com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, reconheceu a legitimidade do Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará (entidade de classe) para interposição de mandado de injunção coletivo e reconheceu que a norma relativa ao direito de greve dos servidores públicos civis teria eficácia limitada, motivo pelo qual não poderia produzir todos os seus efeitos enquanto pendente de regulamentação²⁵⁶.

Ademais, reconheceu que o mandado de injunção teria por finalidade evitar que omissões voluntárias do Estado tornassem direitos constitucionais inefetivos e inaplicáveis, pressupondo, para tanto, que o Poder Legislativo estaria vinculado à concretização de direitos

²⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção. MI 712-8/PA. Relator: Ministro Eros Grau. 25 out. 2007. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/filedown/dev1/files/JUS2/STF/IT/MI_712_PA%20_25.10.2007.pdf>. Acesso em: 6 mai. 2010.

constitucionalmente previstos, ainda que não estabelecido prazo algum para tal, conforme posicionamento do Ministro Celso de Mello no Mandado de Injunção n. 20²⁵⁷.

Nestes termos, concluiu que o reconhecimento pelo Poder Judiciário de omissão legislativa se tornaria legítimo se baseado em abstenção voluntária do órgão competente do dever de legislar. A partir disso, expôs que, uma vez reconhecida a inércia legislativa, divergências surgiriam acerca da eficácia da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal²⁵⁸.

Entendeu que a questão da eficácia não recairia mais no texto constitucional, mas nas decisões do Tribunal: este deveria se limitar a solicitar ao órgão omissor providências necessárias, dotando, portanto, suas decisões de ineficácia, ou deveria emitir decisões que suprissem a omissão legislativa e, portanto, fossem efetivas²⁵⁹.

Passou, então, o Ministro Relator, a discorrer sobre o direito de greve dos trabalhadores: enquanto os empregados da iniciativa privada teriam seu direito previsto no art. 9º da Constituição e regulamentado pela Lei n. 7.783/89, os servidores públicos civis teriam seu direito, apesar de assegurado no artigo 37, inciso VII, da Constituição, pendente de regulamentação²⁶⁰.

Com base na doutrina de José Afonso da Silva, argumentou que o direito de greve não poderia ser limitado por lei, mas protegido - já que não limitado pela Constituição. Ressaltou, contudo, a existência de parágrafos no art. 9º da Constituição Federal, que submetem às sanções legais aqueles que abusam do direito de greve e resguardam à lei as definições de serviços e atividades essenciais à comunidade²⁶¹.

²⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção. MI 712-8/PA. Relator: Ministro Eros Grau. 25 out. 2007. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/filedown/dev1/files/JUS2/STF/IT/MI_712_PA%20_25.10.2007.pdf>. Acesso em: 6 mai. 2010.

²⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção. MI 712-8/PA. Relator: Ministro Eros Grau. 25 out. 2007. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/filedown/dev1/files/JUS2/STF/IT/MI_712_PA%20_25.10.2007.pdf>. Acesso em: 6 mai. 2010.

²⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção. MI 712-8/PA. Relator: Ministro Eros Grau. 25 out. 2007. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/filedown/dev1/files/JUS2/STF/IT/MI_712_PA%20_25.10.2007.pdf>. Acesso em: 6 mai. 2010.

²⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção. MI 712-8/PA. Relator: Ministro Eros Grau. 25 out. 2007. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/filedown/dev1/files/JUS2/STF/IT/MI_712_PA%20_25.10.2007.pdf>. Acesso em: 6 mai. 2010.

²⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção. MI 712-8/PA. Relator: Ministro Eros Grau. 25 out. 2007. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/filedown/dev1/files/JUS2/STF/IT/MI_712_PA%20_25.10.2007.pdf>. Acesso em: 6 mai. 2010.

Por meio da análise do direito de greve, concluiu que o direito referente aos servidores públicos civis é norma especial em relação ao direito previsto no art. 9º (norma geral). E, sendo norma especial, o direito de greve dos servidores demonstraria certas peculiaridades: (i) não há tensão entre trabalho e capital, já que os interesses dos trabalhadores não se opõem a interesses privados, mas ao interesse social; (ii) em alguns setores, como o ensino público, a greve teria menor poder de fato como instrumento de reivindicação, pois a falta do serviço demoraria mais a ser sentida; (iii) a relação estatutária visa a prover os serviços públicos, os quais devem ser mantidos de acordo com o princípio da continuidade dos mesmos serviços, de forma a assegurar o bem-estar social²⁶².

Em face dessa especialização da relação estatutária, o Ministro se posicionou no sentido de que a Lei n. 7.783/89, aplicável ao direito de greve dos trabalhadores da iniciativa privada, não seria apta, da forma como se encontra, a regular o direito de greve dos servidores públicos civis: seria necessária uma regulação diferenciada do direito, cujos parâmetros seriam determinados pela Suprema Corte com base em adaptações da Lei de greve dos trabalhadores da iniciativa privada²⁶³.

Partindo para a análise do instituto do mandado de injunção, o Ministro Eros Grau, com base na doutrina de José Ignácio Botelho de Mesquita, entendeu que o remédio constitucional não se destina a viabilizar direitos simplesmente pendentes de norma regulamentadora, mas direitos cuja utilização de integração normativa - analogia, costumes e princípios – seja proibida. Isso porque, de acordo com o art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, a só inexistência de norma legal autoriza o uso da integração²⁶⁴.

²⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção. MI 712-8/PA. Relator: Ministro Eros Grau. 25 out. 2007. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/filedown/dev1/files/JUS2/STF/IT/MI_712_PA%20_25.10.2007.pdf>. Acesso em: 6 mai. 2010.

²⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção. MI 712-8/PA. Relator: Ministro Eros Grau. 25 out. 2007. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/filedown/dev1/files/JUS2/STF/IT/MI_712_PA%20_25.10.2007.pdf>. Acesso em: 6 mai. 2010.

²⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção. MI 712-8/PA. Relator: Ministro Eros Grau. 25 out. 2007. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/filedown/dev1/files/JUS2/STF/IT/MI_712_PA_20_25.10.2007.pdf>. Acesso em: 6 mai. 2010.

Dessa forma, o mandado de injunção seria cabível justamente nos casos em que se probe o uso da integração, quando fica o juiz obrigado a extinguir o processo sem julgamento de mérito em face da impossibilidade jurídica do pedido²⁶⁵.

A partir daí, o Ministro Relator concluiu ser finalidade do remédio constitucional a concretização de direito inviabilizado por omissão legislativa **por meio de** integração normativa – o que seria permitido apenas se condizente com o princípio da interdependência de poderes e somente em caso de omissão por prazo que o Tribunal entenda desarrazoado (incompatível com os fins constitucionais)²⁶⁶.

A finalidade do *writ*, neste sentido, não seria coagir o órgão omisso ao cumprimento de obrigação legiferante. Tendo em vista a evidência, no caso concreto, da mora legislativa (incompatível com os objetivos constitucionais), o mais recomendado seria a integração da norma faltante, voltando-se a questão para a necessidade de balancear o direito de greve do servidor público e o direito da sociedade à prestação continuada dos serviços públicos.

E, neste sentido, o Supremo Tribunal Federal não estaria a legislar quando da formação supletiva da norma faltante, o que ofenderia o princípio da separação dos poderes: estaria atuando na função normativa (que abrange as funções legislativa, regulamentar e regimental), mas não na função legislativa.

E, ao atuar na função normativa, o Poder Judiciário estaria a atuar em função atípica, mas não ilegítima, pois não haveria correspondência necessária entre Poder Judiciário e função jurisdicional, assim como entre a função normativa e o Poder Legislativo e entre a função administrativa e o Poder Executivo. Existiriam, sim, centros ativos de poder – ao Poder Judiciário caberia, primordialmente, a função jurisdicional, mas tal atribuição não seria a única.

Dessa forma, quando do julgamento de mandado de injunção, o Poder Judiciário estaria legítimo a atuar na função regulamentar, formulando a norma a partir da interpretação do direito – na sua totalidade. Aqui, a exemplo do que ocorre com a Súmula Vinculante, a norma é tida como texto normativo e este, por sua vez, quando passa a integrar o

²⁶⁵ José Ignácio Botelho de Mesquita *Apud* BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção. MI 712-8/PA. Relator: Ministro Eros Grau. 25 out. 2007. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/filedown/dev1/files/JUS2/STF/IT/MI_712_PA%20_25.10.2007.pdf>. Acesso em: 6 mai. 2010.

²⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção. MI 712-8/PA. Relator: Ministro Eros Grau. 25 out. 2007. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/filedown/dev1/files/JUS2/STF/IT/MI_712_PA%20_25.10.2007.pdf>. Acesso em: 6 mai. 2010.

ordenamento jurídico, torna-se passível de interpretação e aplicação, transformando-se novamente em norma. Constitui-se essa função, na visão do Ministro Eros Grau, em poder-dever do Tribunal.

Assim, entende o Ministro que, pela formação supletiva, o Supremo Tribunal Federal removeria os óbices criados pela ausência de norma regulamentadora, editando a norma aplicável ao caso. Nessa atuação, não haveria, pelo Poder Judiciário, invasão da esfera de atuação dos outros Poderes, visto que a própria Constituição criou o mandado de injunção, sendo o princípio da separação dos poderes adotado no ordenamento jurídico brasileiro na medida do que se encontra positivado no texto constitucional. Dessa forma, a violação de tal princípio só poderia ocorrer se um Poder fugisse à competência que a Constituição lhe determina.

Ainda fundamentando seu voto, o Ministro Eros Grau defendeu ser aconselhável a atribuição de eficácia *erga omnes* à decisão, estendendo-a a todos os casos similares, sob o argumento da isonomia. Para isso, baseia-se na doutrina do professor José Ignácio Botelho de Mesquita:

Deverá ela [a norma] regular apenas o caso concreto submetido ao tribunal, ou abranger a totalidade dos casos constituídos pelos mesmos elementos objetivos, embora entre sujeitos diferentes? Dentre essas alternativas, é de se optar pela última, posto que atividade normativa é dominada pelo princípio da isonomia [...]²⁶⁷.

Nestes termos, finalizou seu voto conhecendo do pedido para reconhecer a falta de norma regulamentadora, remover o óbice ao exercício do direito e, pela formação supletiva, concretizar o exercício do direito de greve dos servidores públicos civis, aplicando os artigos 1º ao 9º, 14, 15 e 17 da Lei n. 7.783/89, com as devidas adaptações.

3.3.2 Críticas ao voto do relator

De acordo com Sérgio da Silva Mendes, o Ministro Eros Grau, no julgamento do Mandado de Injunção n. 712, teria se equivocado em alguns pontos da fundamentação de seu voto, o que acarretaria a “inviabilidade lógica de sua conclusão”²⁶⁸.

²⁶⁷ *Apud* BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção. MI 712-8/PA. Relator: Ministro Eros Grau. 25 out. 2007. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/filedown/dev1/files/JUS2/STF/IT/MI_712_PA%20_25.10.2007.pdf>. Acesso em: 6 mai. 2010.

²⁶⁸ MENDES, Sérgio da Silva. Hermenêutica da criação... e dos esquecimentos: o *Holzwege* do Mandado de Injunção. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 103, n. 390, p. 177-212, mar./abr. 2007, p. 193.

Em primeiro lugar, o doutrinador argumenta que a afirmação do Ministro Relator de que o Tribunal estaria, quando da adoção de solução constitutiva, a exercer função normativa, mas não legislativa, seria contraditória à afirmação de que a função normativa compreende a função legislativa²⁶⁹.

Na verdade, contradição não há. Como bem explicou o Ministro Eros Grau, a função normativa compreende a legislativa, a regulamentar e a regimental. Quando da edição da norma faltante no âmbito do mandado de injunção, o Tribunal estaria no exercício de função regulamentar e, portanto, de função normativa, mas não no exercício de função legislativa.

Em segundo lugar, o doutrinador argumenta que o Ministro Relator iguala as concepções de “função” e “poder” a fim de descartar o critério orgânico da classificação das funções estatais, substituindo-o pelo critério material. E que, não sendo mais propício o descarte do critério orgânico, o retoma para embasar o argumento de que seria função do Poder Judiciário a formação supletiva da norma no âmbito do mandado de injunção²⁷⁰.

Ocorre que o Ministro Eros Grau não iguala as referidas concepções – antes as distingue; afirma, em seu voto, que “função estatal” é a “expressão do poder estatal”. O poder estatal, como uno e indivisível, visualizado em seu aspecto material, seria compartilhado por entes diversos por meio da atribuição de funções a cada um deles. Neste sentido, as funções seriam o exercício de uma parcela do poder.

Além disso, no que tange aos critérios de classificação das funções estatais, o Ministro Eros Grau deixa claro que a doutrina da separação de poderes adotada pelo Brasil não trata de atribuir um único tipo de função a cada Poder e, portanto, não se poderia identificar os critérios funcional e material: a cada Poder não corresponde um único tipo de função. O que ocorre é que os Poderes possuem funções típicas, que permitiriam o alinhamento entre os critérios funcional e material; mas também possuem funções atípicas, por meio das quais não seria possível a correspondência entre critério orgânico e critério material.

²⁶⁹ MENDES, Sérgio da Silva. Hermenêutica da criação... e dos esquecimentos: o *Holzwege* do Mandado de Injunção. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 103, n. 390, p. 177-212, mar./abr. 2007, p. 193-194.

²⁷⁰ MENDES, Sérgio da Silva. Hermenêutica da criação... e dos esquecimentos: o *Holzwege* do Mandado de Injunção. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 103, n. 390, p. 177-212, mar./abr. 2007, p. 194.

Neste sentido, a função normativa, em seu critério material, não seria unicamente atribuída ao Poder Legislativo, podendo o Judiciário utilizar-se dessa função, em verdadeiro exercício de função atípica, para solução da lide em sede de mandado de injunção.

Em terceiro lugar, Sérgio Mendes critica as conclusões do Ministro Eros Grau de que o mandado de injunção seria instrumento que autoriza a integração normativa por parte do Poder Judiciário e de que tal interpretação não ofenderia o princípio da separação de poderes, pois seria atuação permitida pela Constituição da República²⁷¹.

Afirma o doutrinador que tais conclusões só seriam verdadeiras se não houvesse outra possibilidade além da integração normativa²⁷². Ocorre que, quanto a esta crítica, não se visualiza outra proposta que dê eficácia ao direito de greve, preservando o direito à continuidade dos serviços públicos, senão a integração normativa.

A proposta do doutrinador Sérgio Mendes²⁷³ – consistente na declaração da mora do Legislativo, impondo-lhe o prazo de 120 (cento e vinte) dias para legislar, e, principalmente, na declaração da norma como plenamente eficaz – não seria ideal ao direito de greve pois simplesmente abriria espaço a uma verdadeira anomia. A ausência de regulamentação do direito possibilitaria o caos. E os abusos praticados no exercício de direito de greve? E os serviços indispensáveis à coletividade?

Quanto ao argumento de que a integração normativa seria conduta que ofenderia o princípio da separação de poderes, trata-se de alegação que não deve prosperar. Como bem colocado no próprio voto do Ministro Eros Grau, não há, no Brasil, uma separação rígida de poderes, em que a função normativa caberia apenas ao Poder Legislativo. Cabe ao Poder Judiciário, de forma atípica, é claro, também uma parcela da função normativa do Estado, de modo que a existência de previsão constitucional do mandado de injunção – como remédio de concretização dos direitos constitucionais – enseja, por si só, autorização suficiente para o exercício de função normativa pelo Estado-juiz.

²⁷¹ MENDES, Sérgio da Silva. Hermenêutica da criação... e dos esquecimentos: o *Holzwege* do Mandado de Injunção. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 103, n. 390, p. 177-212, mar./abr. 2007, p. 194-195.

²⁷² MENDES, Sérgio da Silva. Hermenêutica da criação... e dos esquecimentos: o *Holzwege* do Mandado de Injunção. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 103, n. 390, p. 177-212, mar./abr. 2007, p. 194-195.

²⁷³ MENDES, Sérgio da Silva. Hermenêutica da criação... e dos esquecimentos: o *Holzwege* do Mandado de Injunção. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 103, n. 390, p. 177-212, mar./abr. 2007, p. 202.

Já no que tange à consideração do mandado de injunção, pelo Ministro Eros Grau, como instrumento que enseja decisão de eficácia *erga omnes*, é posição que não nos parece a mais acertada pois “importaria em converter o mandado de injunção, de instrumento de tutela de direito subjetivo, em instrumento de tutela do direito objetivo”²⁷⁴.

A atribuição de eficácia genérica à decisão, apesar de atender ao princípio da isonomia, é atitude que não se coaduna com a sentença injuncional. Como instrumento de resolução de casos concretos, o mandado de injunção é ação de controle difuso de constitucionalidade, que tem como expoente maior uma restrição de efeitos às partes processuais.

Embora haja uma tendência atual em se conferir eficácia *erga omnes* às decisões emanadas no âmbito do controle difuso de constitucionalidade, deve-se atentar para o fato de que a atribuição de efeitos genéricos à ação injuncional a aproximaria da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, tornando esta ação inócua.

Isso porque o privilégio maior da ação direta de inconstitucionalidade por omissão é a atribuição de eficácia genérica à decisão: sua legitimidade ativa, competência e efeitos são restritos, de modo que nasceria uma tendência a se substituir a ação direta de inconstitucionalidade por omissão pelo mandado de injunção com o fito de se obter decisões inadmissíveis no âmbito daquela ação – mandamentais ou constitutivas – com eficácia ampla como a da ação de controle abstrato.

Neste sentido, o mandado de injunção seria transformado, de ação de controle concreto de constitucionalidade, em ação de controle abstrato de constitucionalidade, tendo como gravame maior a abrangência dos órgãos legitimados a esse controle – o Supremo Tribunal Federal, como já exposto, não é o único competente para julgar a ação injuncional: são também competentes o Superior Tribunal de Justiça, “os órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal” (artigo 105, inciso I, alínea “a”, CF/88)²⁷⁵. Como admitir que um órgão de primeira ou segunda instância edite decisão com efeitos *erga omnes*?

De acordo com esse posicionamento, qualquer órgão do Poder Judiciário poderia emitir normas gerais e abstratas, a exemplo das leis editadas pelo Poder Legislativo e

²⁷⁴ PIOVESAN, Flávia C. *Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995, p. 130.

²⁷⁵ BRASIL. Constituição (1988). Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em: 8mai. 2011.

sancionadas pelo Poder Executivo, em verdadeira usurpação da competência de outros Poderes. E, portanto, a emissão de decisões constitutivas com eficácia *erga omnes* seria conduta além da legitimação democrática do Poder Judiciário.

3.3.3 Conclusões

A adoção da teoria concretista geral foi alvo tanto de críticas quanto de elogios: críticas por parte dos doutrinadores de tendência conservadora, que visualizavam na posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal uma verdadeira invasão de competência do Poder Legislativo; e elogios por parte da doutrina neoconstitucionalista, que passou a depositar no Poder Judiciário esperanças quanto à efetivação dos direitos fundamentais por meio da ação injuncional.

Neste diapasão, correta nos parece a atribuição de efeitos constitutivos ao mandado de injunção no que tange ao direito de greve; no entanto, a abrangência genérica de seus efeitos parece, nos termos dos motivos anteriormente expostos, exceder a legitimidade democrática do Poder Judiciário.

3.4 Perspectivas para o futuro

De viés excessivamente analítico, a Constituição da República delegou ao legislador infraconstitucional a regulamentação de vários direitos previstos em seu texto. Neste sentido, uma pesquisa da Consultoria-Geral da República registrou a remissão constitucional a 201 leis ordinárias e 41 leis complementares²⁷⁶ – que ficariam responsáveis por uma efetivação mínima da Carta Política.

Ocorre que a promulgação de uma Carta Política em 1988 com feição garantista, longe de denotar uma mera programaticidade na previsão de direitos fundamentais, demonstrou uma preocupação em firmar “compromissos políticos cogentes”²⁷⁷ entre Estado e sociedade, o que se pode inferir pela previsão, na própria Constituição, de instrumentos de garantia ao exercício dos direitos constitucionais.

²⁷⁶ FOLHA DE SÃO PAULO. Texto exigirá 242 leis. São Paulo, 9 set. 1989. *Apud* PIOVESAN, Flávia C. *Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995, p. 39.

²⁷⁷ QUINTAS, Fábio Lima. A efetividade do mandado de injunção: retrospecto e perspectivas. *Direito Público*, São Paulo, v. 5, n. 20, p. 83-102, mar./abr. 2008, p. 84.

Nos termos da concepção constitucional sociológica de Ferdinand Lassalle, se a Constituição escrita não reflete a *soma dos fatores reais de poder*, não passa de mera “folha de papel”, de modo que o mandado de injunção ganha função relevante no âmbito do Estado democrático de direito, à medida que objetiva a efetivação das normas constitucionais, permitindo que a Constituição realmente reflita a sociedade.

Neste contexto, o mandado de injunção desponta como instrumento constitucional de concretização dos direitos fundamentais, não podendo ser obstado por falta de norma regulamentadora própria, mas devendo ser prestigiado na ordem jurídica nacional. Se não há regulamentação que oriente o julgador na concessão da tutela jurisdicional, eis o espaço para o uso dos elementos de integração – analogia, costumes e princípios gerais de direito.

Daí a importância do mandado de injunção: se a tutela jurisdicional não seria possível pela dedução direta em juízo do direito pleiteado (sem a via da ação injuncional), sendo o caso de proibição do uso dos elementos de integração, o mandado de injunção é ação visa a afastar o óbice ao uso dos costumes, dos princípios gerais de direito e, principalmente, da analogia, conforme assenta José Ignácio Botelho de Mesquita (citado pelo Ministro Eros Grau no MI n. 712)²⁷⁸. Neste sentido, se mostra como verdadeiro instrumento de reforço desses mesmos elementos.

Se ao juiz é proibido o *non liquet*, a permissão pelo mandado de injunção do uso de elementos de integração para solução do caso concreto é ato constituinte compatível com a conferência de características analíticas à Constituição. Isso porque a constitucionalização das mais diversas questões – políticas, morais, sociais e econômicas – importa na judicialização do sistema, tornando mais complexa a atuação judicial e, portanto, os meios de concessão do provimento jurisdicional. Neste diapasão, pelo uso da ação injuncional é possível a concretização do princípio da inafastabilidade da jurisdição, tendo em vista a existência de uma grande demanda de regulamentação no texto constitucional que ainda não pôde ser concretizada e que, pelo fenômeno da judicialização, exige do papel Judiciário uma atuação positiva na solução dos conflitos.

²⁷⁸ *Apud* BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção. MI 712-8/PA. Relator: Ministro Eros Grau. 25 out. 2007. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/filedown/dev1/files/JUS2/STF/IT/MI_712_PA%20_25.10.2007.pdf>. Acesso em: 6 mai. 2010.

É nessa conjuntura política que, ao julgar os Mandados de Injunção n. 670 e n. 712, relativos ao direito de greve do servidor público, a Suprema Corte demonstrou uma tendência em alterar o posicionamento do Tribunal quanto aos efeitos do instituto: decidiu conceder efeitos constitutivos, integrando a norma regulamentar faltante e viabilizando o direito objeto do *writ*.

O Supremo Tribunal Federal, então, denotou um abandono da tendência conservadora e assumiu, a partir da renovação dos membros da Corte, uma posição de protagonista na ordem jurídica. Neste sentido, rompeu com uma jurisprudência temerosa na atribuição de efeitos concretos ao mandado de injunção, a qual causava, nos doutrinadores progressistas, descrédito quanto ao instituto.

O problema da inefetividade constitucional envolve sociedade, Estado e Direito e, na esfera das normas fundamentais, pode e deve ser resolvido por meio da hermenêutica constitucional. A nova interpretação do mandado de injunção, conferida pela Suprema Corte, nasce em um contexto de exigência de efetivação normativa e de destaque do Poder Judiciário na solução dos conflitos sociais.

Assim, a nova posição jurisprudencial, ao proceder à supressão da omissão legislativa pela regulamentação do caso em questão, dispensando, por meio da hermenêutica constitucional, a atuação legislativa do órgão omissor, atribui aos enunciados constitucionais a interpretação que lhe dá a máxima efetividade, em conformidade com as exigências sociais.

É certo que o Poder Legislativo precisa de um prazo razoável para regulamentação de um direito; contudo, o escoamento de mais de 20 (vinte) anos sem a edição de lei regulamentar mostra evidente demora, e, conseqüente desrespeito à Constituição. Nesse sentido, o Ministro Celso de Mello:

Desse modo, a inexistência da lei complementar reclamada pela Constituição reflete, forma veemente e concreta, a inobservância, pelo Poder Legislativo, dentro do contexto temporal referido, do seu dever de editar o ato legislativo em questão, com evidente desprezo pelo comando constitucional, frustrando, dessa maneira, a necessidade de regulamentar o texto da Lei Maior [...]²⁷⁹.

²⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção. MI 20-4/DF. Relator: Ministro Celso de Mello. 19 mai. 1994. Disponível em <http://www.jusbrasil.com.br/filedown/dev0/files/JUS2/STF/IT/MI_20_DF%20_19.05.1994.pdf>. Acesso em: 7 mai. 2010.

A alteração jurisprudencial operada no julgamento dos mandados de injunção relativos ao direito de greve, portanto, demonstra um posicionamento em consonância com o espírito do texto constitucional.

Se ao povo (entendido aqui como a maioria, e não como uma totalidade), por meio de seus representantes, cabe decidir sobre o momento propício de regulamentação dos direitos constitucionais, não cabe ao mesmo povo decidir pelo desrespeito aos direitos fundamentais – daí a necessidade de atuação do Poder Judiciário em defesa do princípio contramajoritário.

Não há dúvidas de que a atribuição de efeitos constitutivos à decisão injuncional, no âmbito do direito de greve, foi posicionamento conforme a tendência atual de atribuição de efetividade às normas fundamentais. Elogiável, sem dúvida, a decisão do Supremo Tribunal Federal quanto à atribuição de efeitos constitutivos. Todavia, subsistem preocupações com a invasão da competência do Poder Legislativo no que tange à abrangência genérica das decisões judiciais.

A concessão de efeitos *erga omnes* à decisão injuncional, como já exposto, embasa-se em uma tendência atual em conferir eficácia genérica a decisões proferidas em controle difuso de constitucionalidade. No entanto, é tendência que não se coaduna com a competência abrangente conferida aos órgãos do Poder Judiciário para julgamento do mandado de injunção.

Como ação que envolve a atuação de vários órgãos do Poder Judiciário, o mandado de injunção teria como inviável a conferência de eficácia *erga omnes* às suas decisões, tendo em vista o grande conflito que se criaria entre decisões genéricas e vinculantes de tribunais de esferas diferentes e independentes entre si. Se conflitantes as decisões de tribunais de esferas diferentes, a sociedade estaria vinculada a que decisão?

Como ação que envolve atuação atípica do Poder Judiciário, o mandado de injunção deve ter efeitos de abrangência limitada, de modo a não ferir o princípio da separação de poderes em nome do princípio da isonomia. Se a decisão judicial consiste em edição de norma regulamentar, a conferência de eficácia *erga omnes* torna a regra geral e abstrata e, dessa forma, caracteriza-se como usurpação de poder; mas, se ela se limita a reger o caso concreto,

ela não apenas homenageia o princípio da separação de poderes, mas garante o princípio da inércia processual.

O que fere o princípio da separação de poderes não é, a despeito do que sustenta a teoria não-concretista, a atribuição de efeitos constitutivos à decisão injuncional, mas a atribuição de efeitos *erga omnes* à decisão.

A decisão em âmbito injuncional é, sem dúvida, ativista, pois, na tentativa de definição dos efeitos da referida decisão, o julgador promove a “aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário”²⁸⁰, por meio da utilização de princípios constitucionais. A delimitação de seu âmbito de abrangência e de seu objeto, nesse sentido, são elementos que garantem a legitimidade democrática do Poder Judiciário na prolação da sentença.

Assim, se o Judiciário ultrapassa o âmbito de proteção dos direitos fundamentais, ele perde a legitimidade na atuação constitutiva. E, se ele dá excessiva abrangência às suas decisões, ele também ultrapassa o âmbito de atuação permitido pela Constituição Federal. Porém, se o Poder Judiciário se limita à proteção dos direitos fundamentais e se restringe os efeitos de suas decisões, ele atua em conformidade com a Constituição.

Previsto no título referente aos ‘direitos e garantias fundamentais’, o mandado de injunção é, sem dúvida, um remédio de controle concreto de constitucionalidade, que serve à efetivação de direitos fundamentais entendidos em seu aspecto subjetivo – e não objetivo²⁸¹. E, neste sentido, só pode “fazer lei entre as partes”. Dessa forma, a concessão de efeitos *inter partes* é o posicionamento que se mostra mais compatível com o espírito constitucional.

Apesar de não ter sido atribuída a eficácia mais recomendada à decisão, a adoção da teoria concretista geral representou um grande avanço na concretização dos direitos fundamentais. Avanço que já vinha sendo delineado quando da atribuição de efeitos

²⁸⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>> Acesso em: 24 abr. 2011.

²⁸¹ Não se está a defender que os direitos fundamentais se limitem àqueles previstos no título da CF/88 sobre “direitos e garantias fundamentais”, até mesmo porque o STF já se posicionou pela existência de direitos fundamentais em outros pontos da CF/88.

(realmente) mandamentais à decisão injuncional (como no MI 282), quando se permitiu a concretização dos direitos fundamentais a despeito da inércia normativa.

Neste sentido, a mudança de posicionamento do Supremo Tribunal Federal – quando do julgamento dos mandados de injunção relativos ao direito de greve – não parece ter atingido o ápice, dando fim à questão da inefetividade da normas constitucionais.

O que parece ser o melhor posicionamento é aquele que não engessa a natureza jurídica do mandado de injunção, mas que considera esse remédio constitucional como um “coringa”, permitindo-se atribuir à sua decisão a natureza jurídica que dê a maior eficácia possível ao direito pleiteado dentro dos limites delineados pelo princípio da separação de poderes. Só assim o mandado de injunção poderá alcançar todas as suas potencialidades. Isso porque cada direito exige um provimento judicial diferenciado para sua correta efetivação.

A tendência de manutenção de uma atuação concretista²⁸², como forma de garantia dos direitos fundamentais, é acontecimento que depende apenas da composição da Suprema Corte. Quanto menos conservadores seus membros, maior a tendência em manter uma posição concretista. Tudo dependerá das renovações dos membros do Tribunal.

Neste sentido, como já exposto, a expansão da utilização do instituto e a efetiva garantia dos direitos fundamentais só ocorre com o não engessamento do instituto à emissão de decisões constitutivas, ou declaratórias, ou mandamentais. Por enquanto, as decisões delineadas pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento dos mandados de injunção relativos ao direito à aposentadoria especial²⁸³ do servidor público, demonstram a tendência de manutenção de uma posição concretista. Contudo, é linha de pensamento que só poderá ser afirmada futuramente, a partir da utilização do instituto para fins de garantia de outros direitos constitucionais.

Por enquanto, é esperar e torcer para que o mandado de injunção mantenha seu papel de efetivação dos direitos fundamentais, para que a Constituição do Estado

²⁸² A utilização da palavra aqui não quer vinculá-la à atribuição de efeitos constitutivos, mas expandi-la a toda forma de provimento que efetivamente garanta o exercício dos direitos fundamentais, dentro dos limites constitucionais.

²⁸³ Vide BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção. MI 1083/DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. 2 ago. 2010. Disponível em < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=613863>>. Acesso em: 25 jun. 2011.

democrático de direito brasileiro, na concepção sociológica de Lassalle, realmente reflita a sociedade.

CONCLUSÃO

O mandado de injunção, como instrumento constitucional do Estado democrático de direito, nasceu no Brasil com a promulgação da Constituição de 1988, com o fito de viabilizar direitos constitucionais obstados pela ausência de norma regulamentadora; contudo, em face de sua irônica ausência de normatização, tem gerado controvérsias quanto aos seus elementos e possibilidades.

Neste sentido, com o objetivo de definir alguns aspectos seus – não expressos no texto da Carta Magna ou em qualquer outra legislação infraconstitucional – ou até mesmo de esclarecê-los, o primeiro capítulo deste trabalho monográfico dedicou-se ao delineamento dos contornos da ação injuncional.

No tópico relativo à origem do instituto, percorreu-se o histórico de surgimento do mandado de injunção, situando-o no âmbito do Estado democrático de direito, da reconstitucionalização brasileira e do desenvolvimento do moderno constitucionalismo. A partir desse histórico, e da comparação com outros institutos, permitiu-se concluir pela singularidade do *writ*, afirmando-se a dissonância com a *injuction* existente em outros ordenamentos jurídicos estrangeiros, e com qualquer ação antes prevista no direito pátrio.

No tópico referente ao conceito e objeto do mandado de injunção, concluiu-se que o conceito e localização do instituto o coloca em um papel de direito e garantia constitucional, e que os fins constitucionais conduzem à idéia de que o objeto do mandado de injunção não só se restringe ao âmbito das normas constitucionais de eficácia limitada, mas ao âmbito da fundamentalidade formal e material. No tópico relativo à legitimação, a conclusão foi a de que qualquer pessoa pode impetrar o *writ*, e de que no pólo passivo da ação estariam o órgão regulamentador omissor e o responsável pela concretização do direito, em litisconsórcio.

No que tange ao procedimento – analisado no último tópico do capítulo, concluiu-se pela inaplicabilidade da Lei n. 12.016/2009 nos parâmetros definidos para o mandado de segurança. Seria necessário uma adaptação da referida lei às peculiaridades do mandado de injunção.

Do capítulo segundo foi possível concluir que não há embasamento para a equiparação dos efeitos do mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade por

omissão a partir de uma alegada semelhança entre essas ações, tendo em vista que são ações mais divergentes do que semelhantes.

A partir de um histórico sobre o princípio da separação dos poderes e do papel do Poder Judiciário no contexto histórico atual, concluiu-se também que a atribuição de efeitos constitutivos ao mandado de injunção é posição ativista²⁸⁴ inserida em um contexto de judicialização e, desde que realizada em defesa dos direitos fundamentais e nos limites de vinculação das partes processuais, não atenta contra o princípio da separação de poderes.

Pelo capítulo terceiro permitiu-se concluir que a concessão de efeitos declaratórios ao mandado de injunção pela Suprema Corte, antes de denotar uma posição doutrinária, foi uma construção jurisprudencial de cunho essencialmente administrativo (com o fito de reduzir o volume de ações alçadas ao já congestionado Tribunal). Construção que importou na inefetividade do instituto, pela ausência de cogência das decisões injuncionais declaratórias.

Ademais, ainda no capítulo terceiro, foi possível concluir por um avanço na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ao conceder efeitos mandamentais ao mandado de injunção, delineando uma tendência de concretização dos direitos constitucionais – mormente pela concessão de diferentes tipos de tutelas no âmbito de cada uma das ações analisadas (MI n. 232 e MI n. 283), com a evidente intenção de adaptar a natureza do provimento judicial ao direito pleiteado.

Entretanto, a decisão no MI n. 232 pecou pela concessão de proteção injuncional a um direito que não parece ser fundamental (a despeito do posicionamento da Suprema Corte) – o direito ao não pagamento de tributos. E, nesse sentido, concluiu-se que o Poder Judiciário excedeu sua legitimação democrática, atuando fora dos limites constitucionais, em um ativismo judicial concretista, porém anti-democrático.

No último estudo de caso do capítulo terceiro, concluiu-se por uma forte tendência do Supremo Tribunal Federal de concretização dos direitos fundamentais pela concessão de efeitos constitutivos ao mandado de injunção. Todavia, entendeu-se que a

²⁸⁴ Posição ativista que utiliza princípios constitucionais para solução de questões não regulamentadas; por meio dos princípios se extrai os efeitos necessários à sentença injuncional.

concessão de eficácia *erga omnes* às decisões injuncionais feririam o princípio da separação de poderes, pela não autorizada expansão de uma atuação atípica do Poder Judiciário.

Por fim, foram abordados no último tópico do capítulo terceiro as perspectivas futuristas de utilização do mandado de injunção na concretização dos direitos fundamentais. Do exposto, o que se pôde concluir foi que uma tendência de manutenção de uma posição concretizante só dependeria da composição da Corte.

Outrossim, ainda no último tópico se situa a principal conclusão do trabalho: a atribuição de efeitos constitutivos ao instrumento constitucional não deve ser vista como **a** interpretação correta, mas como **uma das** interpretações possíveis, devendo-se obter o máximo proveito da não atribuição expressa de uma natureza jurídica ao instituto, de maneira a conformar a tutela injuncional ao modo que dê a maior efetividade possível ao direito pleiteado. É neste sentido que o mandado de injunção alcança sua máxima efetividade e garante a concretização dos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALTHUSSER, Louis. *Politics and history: Montesquieu, Rousseau, Hegel and Marx*. Tradução de: Ben Brewster. London: NLB, 1977.

ALVES, José Carlos Moreira. A evolução do controle da constitucionalidade no Brasil. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *As garantias do cidadão na justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993.

BALDI, William Meneses. O mandado de injunção analisado por meio da sistemática constitucional e suas implicações no ordenamento jurídico. *Cadernos de Iniciação Científica 2*, São Bernardo do Campo, v. 2, p. 131-141, jul. 2005.

BARBI, Celso Agrícola. Mandado de injunção. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Org.). *Mandados de segurança e de injunção*. São Paulo: Saraiva, 1990.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARROSO, LUÍS ROBERTO. Os riscos da hegemonia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. In: CONFERÊNCIA DE ENCERRAMENTO DO IX SIMPÓSIO NACIONAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL, mai. 2010, Curitiba (PR). Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/textos/riscos_hegemonia_judicial.html> Acesso em: 24 abr. 2011.

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>> Acesso em: 24 abr. 2011.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, a. 3, n. 11, p. 21-66, out./dez. 2005.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1990.

BERMUDES, Sérgio. O mandado de injunção. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, a. 78, n. 642, p. 21-25, abr. 1989.

BOBBIO, Norberto. *Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant*. Tradução de: Alfredo Fait. Brasília: UnB, 1995.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Livraria Almedina, 1997.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993.

CIARLINI, Álvaro Luís de Araújo. Inquietude *versus* passivismo: os novos desafios dos juristas diante da expansão do poder judicial. *Direito público*, n. 36, p. 88-105, nov./dez. 2010.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. *Neoconstitucionalismo e as possibilidades e os limites do ativismo judicial no Brasil contemporâneo*. 2010. 313 p. Dissertação. (Mestrado em Direito Público). Faculdade de Direito, Prof. Jacy de Assis, Uberlândia.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução de: Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Editora Vozes, 1998.

GOMES, Fábio; SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Teoria geral do processo civil* 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

HAGE, Jorge. *Omissão inconstitucional e direito subjetivo*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Tradução de: A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

JELLINEK, Georg. *Teoría general del Estado*. Segunda edición alemana. Traducción de Fernando de los Ríos Urruti. Granada: Comares, 2000.

KELSEN, HANS. *Teoria pura do direito*. Tradução de: João Baptista Machado. São Paulo: M. Fontes, 2006.

MAZZEI, Rodrigo. Mandado de injunção coletivo: viabilidade frente aos (falsos) dogmas. *Revista de Direitos Difusos*, s. l., v. 7, n. 36, p. 119-156, mar./abr. 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, "habeas-data"*. 12 ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1989.

MELLO, Maria Chaves de. *Dicionário jurídico português-inglês, inglês-português*. 5. ed. Rio de Janeiro: Barrister's, 1992.

MENDES, Sérgio da Silva. Hermenêutica da criação... e dos esquecimentos: o *Holzwege* do Mandado de Injunção. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 103, n. 390, p. 177-212, mar./abr. 2007.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1988. vol. 2.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O Espírito das leis*. Tradução de: Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. 2. ed. revista. Brasília: UnB, 1995.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O Espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presidencialismo versus parlamentarismo*. Tradução e notas de: Pedro Vieira Mota. São Paulo: Saraiva, 1998.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. O novo aproveitamento do mandado de injunção. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 15, n. 60, p. 82-93, jul./set. 2007.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Mandado de injunção. In: TUBENCHLAK, James e BUSTAMANTE, Ricardo Silva de (Coord.) *Livro de estudos jurídicos*. Rio de Janeiro: Instituto de estudos jurídicos, 1991.

MOREIRA, Wander Paulo Marotta. Notas sobre mandado de injunção. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Mandados de segurança e de injunção*. São Paulo: Saraiva, 1990.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. A natureza do mandado de injunção. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 56, a. 14, p. 86-90, out./dez. 1989.

OLIVEIRA, Francisco Antônio de. *Mandado de injunção: da inconstitucionalidade por omissão, enfoques trabalhistas, jurisprudência*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Mandado de injunção*. São Paulo: Atlas, 1999.

PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.

PIOVESAN, Flávia C. *Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995.

QUEIROZ, Luís Cesar Souza de. Mandado de injunção e inconstitucionalidade por omissão. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, a. 6, n. 23, p. 197-237, abr./jun. 1998.

QUINTAS, Fábio Lima. A efetividade do mandado de injunção: retrospecto e perspectivas. *Direito Público*, São Paulo, v. 5, n. 20, p. 83-102, mar./abr. 2008.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

ROMANO, Santi. *Princípios de direito constitucional geral*. Tradução de: Maria Helena Diniz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

SANTOS, Ulderico Pires dos. *Mandado de injunção: estudos e considerações*. São Paulo: Paumape, 1988.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1982.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SOUZA, Luciane Moessa de. Efeitos da decisão no mandado de injunção: cotejo com a ação civil pública e a ação popular. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 16, n. 65, p. 158-178, out./dez. 2008.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Mandado de injunção: efeitos da decisão e âmbito de incidência. *Interesse público*, São Paulo, v. 9, n. 43, p. 97-116, mai./jun. 2007.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2000.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

VELLOSO, Carlos Mario. As novas garantias constitucionais. *Revista de direito administrativo*, Rio de Janeiro, n. 177, p. 14-28, 1989.